Die Mobiliarersitzung
nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät

der

Universität Rostock i. M.

vorgelegt

von

Hans Kretschmer,

Gerichtsreferendar in Cöln.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

BONN 1910.

Buch- und Kunstdruckerei Heinrich Ludwig.

Referent:
Professor Dr. Bernhard Matthiaß.

Meinen Eltern.

Literaturverzeichnis.

Auerbach: Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzes. In den Rostocker Rechtswissenschaftlichen Studien 1905.

Baron: Zur Lehre vom Besitzwillen. In Jhering's Jahrbüchern Bd. 29 S. 192 ff.

Biermann: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl. 1903.

Binder: Die Rechtsstellung des Erben nach dem B. G. B. I. Teil. 1901.

Buhl: Das Recht der beweglichen Sachen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche 1901.

Cosack: Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 4. Aufl.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 1.—3. Bd. 1900/05.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht. I. Bd. (3. Aufl. 1906), 3. Bd. (4. Aufl. 1908).

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 2. Bd. 1. Abteilung (8. u. 9. Aufl.) 1905.

Enneccerus-Lehmann: Das Bürgerliche Recht. 2. Bd. (2. Aufl.)1901.

Fischer-Henle: Kommentar zum B. G. B. 1904.

Gierke: Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem B. G. B. Jena 1897.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Bd. Sachenrecht 1905.

Habicht: Die Einwirkungen des Bürgerlichen Gesetzbuches auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse. 3. Aufl. 1900/01.

Hachenburg: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge. (2. Aufl.) 1900.

Hölder: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Bd. (1. Aufl.) 1900.

Jacobi: Die Wertpapiere im Bürgerlichen Recht. 1901.

Kniep: Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches. Jena 1900.

Leonhard: Vertretung beim Fahrnis-Erwerb. Leipzig 1899.

Lessing: Die Ersitzung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Im Sächsischen Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß. 6. Bd. zehntes Heft. S. 607 ff.

Maenner: Das Sachenrecht nach dem B. G. B. (2. Aufl.) 1906.

Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. In Leonhards Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts. 5. Heft. Breslau 1901.

Derselbe: Die Voraussetzungen des Eigenbesitzes nach dem B. G. B. In Kohlers Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 25. S. 316 ff. 1905.

Matthiaß: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. (4. Aufl.) 1900.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. I u. II.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. I—III. (3. Aufl.) 1903/07.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. I u. III.

v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. I. u. III. Bd. (3./4. Aufl.) 1907.

Strohal: Der Sachbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Abdruck aus Jhering's Jahrbüchern Bd. 38.

Derselbe: Das Deutsche Erbrecht. (3. Aufl.) 1903.

Unterholzner: Verjährungslehre. (2. Aufl.) 1858.

Wendt: Besitz und Innehabung. Im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 74. S. 133 ff.

Zitelmann: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches: Allgemeiner Teil. 1900.

Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. III.

Berücksichtigte Dissertationen.

Borscht: Die Ersitzung beweglicher Sachen nach dem B. G. B. Würzburg 1908.

Crull: Der Besitz des Erben. Rostock 1906.

Dobring: Die Hemmung des Fortganges der Ersitzung des Eigentums. Rostock 1903.

Friebe: Ist zum Eigenbesitz der sogenannte animus domini erforderlich? Breslau 1905.

Großmann: Ersitzung des Eigentums beweglicher Sachen. Leipzig 1904.

Höpker-Aschoff: Besitzwille und Eigenbesitz. Bonn 1907.

Knauth: Die Bedeutung des Eigenbesitzes nach dem B. G. B. Jena 1906.

Krause: Kann Fremdbesitz in ersitzungsreifen Eigenbesitz übergehen ohne Willen des mittelbaren Besitzers? Heidelberg 1907.

Schäfer: Ersitzung des Eigentums beweglicher Sachen. Leipzig 1904.

Stahmer: Der gute Glaube bei der Eigentumsersitzung. Rostock 1903.

Voß: Die accessio possessionis bei der Ersitzung. Rostock 1903.

I. Allgemeines.

1. Verjährung im weiteren Sinne.

Die Ersitzung fällt unter den höheren Begriff der Verjährung im weiteren Sinne. Letztere bedeutet die Verwandlung eines bloß tatsächlichen Zustandes, der einen längeren Zeitraum hindurch unangefochten bestanden hat, eben durch diesen Zeitablauf in einen rechtlichen. Unter den mehrfachen Gründen, die die Anerkennung eines derartigen Rechtsinstituts mit der Funktion, Tatsächliches in Rechtliches zu verwandeln, rechtfertigen, steht im Vordergrunde die Erwägung, daß bei einem Zustande, der solange unangefochten blieb, ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit für seine Rechtmäßigkeit spricht. Wird derjenige, zu dessen Gunsten der Zustand besteht, nach Ablauf der bestimmten Zeit in Anspruch genommen, so soll er geschützt sein, gegen einen Angriff, der aller Wahrscheinlichkeit nach materiell unrechtmäßig ist, und nicht vor der Notwendigkeit stehen, zu seiner Verteidigung auf fernliegende Tatsachen zurückzugreifen, welche die lange Zeit verdunkelt hat; es würde sonst allgemein ein zu Recht bestehender Zustand durch seine Dauer sich selbst gefährden, denn, je länger er andauert, um so mehr ist der Beweis seiner Rechtmäßigkeit erschwert, wenn nicht unmöglich gemacht. Hier verlangt es die Sicherheit im Rechtsverkehr, daß der Zeitablauf selbst schützend eintritt und der Zustand für die Zukunft von einem bestimmten Zeitpunkt ab der Anfechtung entzogen wird. Sollte aber in Wirklichkeit diesem tatsächlichen Zustand auf der andern Seite ein Recht gegenüberstehen, dem er widerspricht und das folglich

durch eine Verjährung in diesem Sinne verletzt wird, so läßt der Mangel der Rechtsverfolgung seitens des Berechtigten den Schluß zu, daß dieser an dem Inhalt seines Rechts kaum oder doch nur geringes materielles, kein schutzwürdiges Interesse hatte, daß also die Empfindlichkeit dieses Verlustes für ihn in keinem Verhältnis steht zu den Unzuträglichkeiten, welche eine Beseitigung des Zustandes für die Allgemeinheit der Beteiligten meist zur Folge haben würde, insofern letztere sich in der Zwischenzeit an das ruhige Fortbestehen des, wenn auch nicht rechtmäßigen, Zustandes gewöhnt haben. In jedem Falle aber hat sich der etwa Geschädigte den Nachteil der Untätigkeit in der Verfolgung seines Rechtes selbst zuzuschreiben [1]).

Indessen ist die Verjährung im weiteren Sinne nicht als ein einheitliches für alle Rechte gleichmäßig geltendes Rechtsinstitut anwendbar. Der Zeitablauf kann nicht als ein allgemeiner Entstehungs- beziehungsweise Endigungsgrund von Rechten anerkannt werden; es wäre damit die Möglichkeit zugegeben, ein jedes Recht durch fortgesetzte Behauptung eines ihm entsprechenden tatsächlichen Zustandes zu erwerben beziehungsweise eines jeden Rechtes infolge fortgesetzter Behauptung eines ihm widersprechenden Zustandes durch einen anderen verlustig zu gehen. Vielmehr hat der allgemeine Grundgedanke der Verjährung im weiteren

[1]) Vgl. Unterholzner I § 37, Crome I S. 503 ff. und Motive I S. 289, 291, woselbst — wenn auch in Anwendung speziell auf die Anspruchsverjährung — besonders hervorgehoben wird, der Schwerpunkt der Verjährung liege nicht darin, daß dem Berechtigten sein gutes Recht entzogen wird. — Denn sie versagt regelmäßig auch dann nicht ihre Wirkung, wenn der Berechtigte seine Säumnis durch Hindernisse, die lediglich in seiner Person ihren Grund haben, etwa schuldlose Unkenntnis oder entschuldbaren Irrtum, Abwesenheit oder Krankheit zu rechtfertigen in der Lage ist. Dieser Gesichtspunkt läßt sich für die Verjährung im weiteren Sinne verallgemeineren.

Sinne wie im bisherigen Recht [1]) so auch im B. G. B. der Verschiedenheit der Rechte und Rechtsverhältnisse entsprechend in rechtlich durchaus getrennten Instituten seinen Ausdruck gefunden.

2. Unterarten der Verjährung im weiteren Sinne.

Hierher gehört an erster Stelle als Verjährung im engeren Sinne die Anspruchsverjährung (§ 194 ff.) — nur diese bezeichnet das Gesetz als „Verjährung" —, weiter die eigentümlichen Institute der §§ 901 und 1028, ferner die vorliegend zu behandelnde Ersitzung des Eigentums an beweglichen Sachen (§ 937 ff.) und des Nießbrauchs an solchen (§ 1033), die beiden Arten der Ersitzung des Eigentums an Grundstücken (§§ 900 und 927) und endlich die Ersitzung der Lastenfreiheit beweglicher Sachen (§ 945). Sie alle lassen sich unter dem obigen einheitlichen Gesichtspunkt einer Verjährung im weiteren Sinne zusammenfassen, kennzeichnen sich gemeinsam „als eine Veränderung in den rechtlichen Befugnissen oder Verhältnissen, welche hauptsächlich als die Folge der eine zeitlang fortgesetzten Ausübung oder Nichtausübung eines Rechts angesehen werden muß" [2]), sie sind aber sowohl in

---

[1]) Eine einheitliche Theorie der Verjährung brachte zwar die naturrechtliche, Schule des 18. Jahrhunderts zur Durchführung, indem sie aus den verschiedenen Arten der Verjährung im römischen Recht — usucapio, non usus, praescriptio accionum — eine einheitliche. alle Rechtsverhältnisse gleichmäßig berührende praescriptio bildete. (So Unterholzner, Verjährungslehre 1858.) Ihre Lehre fand jedoch durch Vertreter der historischen Schule, besonders durch v. Savisny (System des römischen Rechts, Bd. 4 §§ 177, 178) ihre Widerlegung. Immerhin machte sie ihren Einfluß auf die großen Gesetzgebungen dieser Zeit, das preußische Allgemeine Landrecht, das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch und den code civile geltend.

[2]) Siehe Unterholzner I § 1.

ihren Voraussetzungen wie vor allem in ihrer rechtlichen Wirkung durchaus verschieden.

In der Anwendung am weitesten gehend, dagegen in der Wirkung am schwächsten ist die Anspruchsverjährung. Sie bezieht sich zwar grundsätzlich mit nur wenigen hier nicht zu nennenden Ausnahmen [1]) auf alle Rechte, indem der in § 194 definierte Anspruch vermöge der persönlichen Richtung aller subjektiven Rechte sich aus jedem Recht, relativen wie absoluten, entwickeln kann [2]), sie schafft aber nur die dauernde Befugnis, dem Anspruch gegenüber die Leistung zu verweigern, eine materiellrechtliche Einrede [3]) und läßt so den Anspruch und hiermit das subjektive Recht selbst unberührt. Nur bei den relativen, den Forderungs-Rechten wird die Verjährungseinrede mit der Entkräftung des Anspruches auch die des Rechtes selbst zur Folge haben — begrifflich sind beide unbeeinflußt.

Weiter gehen die Bestimmungen der §§ 901 und 1028. Hier knüpft sich, sobald unter den jeweils erforderten Voraussetzungen dem Verpflichteten infolge Verjährung gegenüber dem Anspruch das Verweigerungsrecht entstanden ist, als mittelbare Folge an diese Anspruchsverjährung das Erlöschen des den Anspruch erzeugenden Rechtes selbst an. Diese Endigung des Rechtes ist aber nicht eine rechtlich notwendige

---

[1]) Siehe u. a. bei Staudinger Erl. 5—7 zu § 194.

[2]) Das Nähere gehört in die Verjährungslehre. Hier interessiert nur die Charakteristik des Instituts.

[3]) Eine notwendige Folgerung hieraus ist die, daß die Verjährung nicht von Amtswegen zu berücksichtigen, ihre Wirksamkeit vielmehr vom Belieben der pflichtigen Partei abhängig und dementsprechend ein den Anspruch in seiner vollen Kraft erhaltender vertraglicher Verzicht möglich ist. Über die hierin herrschende Uneinigkeit in den bisherigen Rechten vgl. Motive I S. 341 Anm.

Folge der Verjährung des Anspruchs, sondern eine aus praktischen Gründen entstandene positive Gesetzesnorm [1]).

Gegensätzlich zu diesen beiden Fällen, welche eine Vernichtung des tangierten Rechtes bedeuten, und zu der Anspruchsverjährung, welche wenigstens insoweit einen rechtlichen Verlust darstellt, als der Betroffene normaler Weise in der Geltendmachung seines Rechts dauernd gehemmt ist, ist die Ersitzung p o s i t i v die Erzeugung eines Rechts. Diese allein ist Zweck und Kern der Ersitzung, wenn sie auch, wie zumeist, ein anderes Recht, insbesondere das eines bisherigen Eigentümers zur Vernichtung bringt. Das Erlöschen auf der einen Seite ist hier nur die notwendige Folge oder Voraussetzung — gleichgültig, wie es aufgefaßt wird — des Entstehens auf der anderen Seite, lediglich deshalb, weil ein mehrfaches Eigentum, ein mehrfacher Nießbrauch an derselben Sache begrifflich unmöglich ist. Und zwar tritt der Erwerber, ungeachtet dessen, daß seinem Inhalte nach das Recht bereits vorher bei dem Vorgänger existent war, kraft eigenen Rechts in dessen Rechtsstellung ein, diese ersteht ihm selbständig und unabhängig von der des Vorgängers; denn auch da, wo die Ersitzung die Mängel eines derivativen Erwerbsaktes heilen soll, in ihrem Hauptanwendungsfall, bewirkt sie einen, wenn auch „translativen", weil der Rechtsinhalt der gleiche bleibt, doch stets originären Erwerb: Verlust bei dem Vormanne, Erwerb bei dem Nachmanne liegen zwar in einem und demselben Zeitpunkt, trotzdem sind sie begrifflich zu trennen, und wird nicht etwa das alte Recht nur in unverändertem Bestande übergeleitet, sodaß es sich lediglich nur um einen Wechsel der Sub-

---

[1]) Vgl. hierüber Protokolle III, S. 327 u. 322; Planck Erl. zu §§ 901 und 1028.

jekte handeln würde. Andererseits treten gegenüber der Anspruchsverjährung und den Fällen in § 901 und § 1028 bei der Ersitzung weitere Erfordernisse hinzu. Ihre Grundlage ist neben dem Ablauf einer bestimmten Zeit bei Mobilien wie bei Immobilien der in dieser Zeit fortdauernde Eigenbesitz, und kommt bei der Mobiliarersitzung noch das Erfordernis des guten Glaubens hinzu. Indessen ist als eigentliche Ersitzung bei den Immobiliarrechten nur der Erwerb der im Grundbuch eingetragenen Rechte nach § 900 zu bezeichnen, während die Bestimmung des § 927 zugunsten eines Nichteigentümers zwar auch einen langjährigen Eigenbesitz erfordert und insofern den Ersitzungsgedanken enthält, der Rechtserwerb hier aber durch weitere Essentialia, das Ausschlußurteil und die darauf erwirkte Eintragung, bedingt ist.

Zwischen Anspruchsverjährung und Ersitzung bildet einen begrifflichen Übergang die Ersitzung der Freiheit von Rechten, die das Eigentum an einer beweglichen Sache beschränken, in § 945. Nach der einen Seite nähert sie sich der Anspruchsverjährung, insofern sie rechtsvernichtenden Charakter hat, nach der anderen Seite rechtfertigt sich die Bezeichnung als „usucapio" libertatis dadurch, daß ihre Wirkung unmittelbar das Recht selbst ergreift und sie von einer gleichen Voraussetzung wie die Mobiliarersitzung, dem guten Glauben, abhängig ist.

3. Ersitzung und Verjährung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers.

Auch absolute Rechte erzeugen im Sinne des § 194 Ansprüche. Es unterliegt also auch der Anspruch aus einem absoluten Recht der Regel nach der Verjährung, unter anderen der Anspruch des Eigentümers einer

beweglichen Sache[1]) auf Herausgabe (§ 985). Grade die Gegenüberstellung der Verjährung der rei vindicatio zur Mobiliarersitzung zeigt die bereits angeführten bedeutsamen Unterschiede. Hat der besitzende Nichteigentümer wegen des Mangels einer Voraussetzung, etwa des guten Glaubens, die Sache nicht ersitzen können, die rei vindicatio ist aber nach 30 Jahren gemäß § 195 verjährt, so kann der Eigentümer auf Grund seines Eigentums wohl noch auf Herausgabe gegen den Besitzer klagen und der Richter müßte im Falle der Versäumnis des Beklagten nach § 331 C. P. O. diesen klagegemäß verurteilen. Aber die Herausgabe ist nicht erzwingbar, eben deshalb, weil der Beklagte durch die Verjährung dauernd zur Weigerung der Leistung berechtigt ist. Macht der Besitzer dieses sein Gegenrecht geltend, so ist das Eigentum hiermit seines Inhaltes beraubt und zu einem dominium sine re herabgesunken[2]). Hatte er dagegen die Sache ersessen d. h. in gutem Glauben den Eigenbesitz erworben und während 10 Jahren sie gutgläubig im Eigenbesitz behalten, so ist bereits nach Ablauf dieser Zeit nunmehr e r der Eigentümer, ohne daß es hierzu irgend einer Geltendmachung seinerseits bedarf, ja ohne sein Wissen,

[1]) Bei Immobilien schließt § 902 allgemein die Verjährung aus.

[2]) Die Beseitigung dieses Mißverhältnisses, daß das dingliche Recht fortbesteht ohne den dinglichen Anspruch auf Wiederherstellung des dem Rechte entsprechenden Zustandes, ist mehrfach angestrebt worden. Man ließ entweder die Institute der Ersitzung und Verjährung ineinander übergehen — so das kanonische Recht, indem es für die Verjährung den guten Glauben hinzuforderte, der code civil, indem er mit der Verjährung ohne Rücksicht auf das Vorhandensein von Titel und gutem Glauben den Rechtserwerb eintreten ließ — oder man wollte die dinglichen Ansprüche für unverjährbar erklärt wissen. (So der Hessische Entwurf; siehe Motive I S. 293; ferner Motive III S. 351, Protokolle I S. 197, 198 u. ebenda Bd. 3 S. 195 die Anträge 4, 5 u. 3c, S. 235 unter Ziffer IV.)

ohne sein Wollen [1]), während das Eigentum des früheren Eigentümers erloschen ist [2]). Demgegenüber ist bei der Anspruchsverjährung die Möglichkeit gegeben, daß das inhaltlos gewordene Eigentum wieder zu voller Wirksamkeit auflebt, da, wie der Anspruch, auch aus einem dinglichen Recht, sich stets gegen eine bestimmte Person richtet, dementsprechend auch die Verjährung nur relativ zu Gunsten eben dieser Person des Besitzers wirkt. Würde also ein anderer nach Vollendung der Verjährung den Besitz der Sache erlangen, der auch nicht Rechtsnachfolger seines Vorgängers im Besitze ist (vgl. § 221) [3]), so steht dem Anspruch auf Herausgabe die Verjährungseinrede nicht mehr entgegen.

Eine noch hier zu erwähnende Eigentümlichkeit ist die, wenn auch nicht begriffliche Verbindung von Verjährung und Ersitzung in § 2026. Der Erbschaftsbesitzer soll sich auf die Ersitzung einer Erbschaftssache erst dann dem Erben gegenüber berufen können, wenn die Verjährung des Erbschaftsanspruchs eingetreten ist.

Nicht aufgenommen in das bürgerliche Gesetzbuch ist die dem bisherigen Recht bekannte sogen. unvordenkliche Verjährung. Da jedoch nach dem Prinzip von den wohlerworbenen Rechten die bisherigen diesbezüglichen Vorschriften noch heute in Frage kommen,

---

[1]) Würde er den Erfolg wollen, so wäre notwendig sein guter Glaube (daß ihm das Recht bereits zustehe!) und damit eine Ersitzung ausgeschlossen.

[2]) Ein vertraglicher Verzicht seitens des Erwerbers (vgl. Seite 10, Anm. 3) wäre hier nur in der Form einer Rückübertragung des Eigentums denkbar.

[3]) Z. B. den Besitz durch verbotene Eigenmacht erlangt hat. Kann sich der Rechtsnachfolger die Zeit der noch nicht vollendeten Verjährung anrechnen, so ist ihm erst recht zu gestatten, sich auf eine bereits vollendete Verjährung zu berufen. Siehe Crome I, S. 520, 508 Not. 9; Motive I, S. 341 ob., Staudinger § 221, Erl. 3 Abs. 2.

wenn die unvordenkliche Verjährung bereits unter der Herrschaft des alten Rechts ihre Wirkung vollendet hatte, und für unbeschränkt noch Geltung hat in dem der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Bereiche (Art. 55 E. G. B. G. B.), soweit hier eine diesbezügliche Regelung getroffen ist, so dürfte sie als eine weitere und letzte Unterart der Verjährung im weiteren Sinne anzuführen sein. Unterschiedlich zu den voraufgehend besprochenen Arten trifft sie weder den Anspruch noch das Recht selbst, ihre Wirkung ist vielmehr nach der überwiegenden Meinung [1]) die einer bloßen Vermutung für das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts, also sowohl acquisitiv wie extinctiv [2]).

II. Wirkungsgebiet.

1. Anwendungsfälle.

Die Bestimmung des § 937 Abs. 2, wonach der Ersitzende in gutem Glauben sein muß, deutet auf den vorwiegenden Zweck der Mobiliarersitzung: Schutz des guten Glaubens [3]) beim Eigentumserwerb.

Während jedoch bei der Ersitzung dieser Schutz einen Zeitablauf von 10 Jahren zur Voraussetzung hat, enthält das Gesetz speziell für den Fall der Eigentumsübertragung eine Reihe von Vorschriften, denenzufolge

---

[1]) Die Bezeugungstheorie — im Gegensatz zur Erzeugungstheorie, welch letztere der unvordenklichen Verjährung die Kraft des Rechtserwerbes (ähnlich der Ersitzung) zuspricht.

[2]) Genaueres bei Crome I, S. 525 ff., Motive I, S. 346 und 347 und bei Staudinger I, S. 583 ff., der jedoch entgegen der herrschenden Meinung auch auf dem Gebiete des Reichsrechts der unvordenklichen Verjährung noch unbeschränkte Geltung einräumt.

[3]) Über den Begriff usw. siehe unt. Teil III Kapitel 2.

sich der Schutz des guten Glaubens unter bestimmten Voraussetzungen sofort geltend macht, der Eigentumserwerb also unmittelbar an den Erwerbstatbestand geknüpft ist. In solchen Fällen bleibt naturgemäß für die Ersitzung kein Raum. Der gutgläubig Erwerbende, der sofort Eigentümer wird, braucht nicht erst zu ersitzen.

Im wesentlichen sind es die Bestimmungen der §§ 932 ff., die hierher gehören, wonach geeignetenfalls auf Grund guten Glaubens auch vom Nichteigentümer Eigentum erworben wird [1]). Sie gelten auch im Falle einer Grundstücksveräußerung mit Zubehör, das dem Veräußerer nicht gehört, bezüglich dieses Zubehörs (§ 926) und finden als Correlat zu den Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, mehrfach entsprechende Anwendung. So, wenn der Veräußerer zwar Eigentümer

[1]) Dieses „Hand wahre Hand"-prinzip des altdeutschen Rechts, woselbst freilich der redliche Erwerber nicht das Eigentum, sondern nur eine gegenüber dem Eigentümer gesicherte Besitzposition erlangte, dergestalt, daß das Recht des Eigentümers zu einem nudum ius herabsank, steht in schroffem Gegensatze zu dem römischrechtlichen: nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet. Dem entspricht die durchaus verschiedene Bedeutung der Ersitzung in beiden Rechten: ihr umfassendes Wirkungsgebiet im römischen Recht, ihr gänzliches Fehlen im deutschen Recht da, wo allein „Hand wahre Hand" galt, im Mobiliarverkehr, während allerdings bei Grundstücken die rechte Gewere die Rolle der Ersitzung hatte. Das Preuß. A. L. R. kannte, dem lübischen Recht folgend, fast ausnahmslos nur den sog. Lösungsanspruch, wodurch es dem redlichen Erwerber nicht die Sache selbst, sondern nur den dafür gezahlten Preis beließ. Dagegen findet sich der Grundsatz „Hand wahre Hand" schon im österreichischen Gesetzbuche (§ 367) und am reinsten erhalten im französischen Recht (code civil Art. 2279: „en fait des meubles la possession vaut titre"), vor allem im alten H. G. B. für Veräußerungen nicht abhanden gekommener Sachen durch einen Kaufmann in dessen Handelsbetrieb und für Veräußerungen von Inhaberpapieren, sodaß es unter diesen Voraussetzungen einer Ersitzung nicht bedurfte.

aber nicht oder nur beschränkt verfügungsberechtigt war, sei es, daß die Verfügung gegen ein richterliches oder ein relatives gesetzliches Veräußerungsverbot verstieß (§§ 135, 136) oder während des Schwebens einer Bedingung oder bei einer Befristung vorgenommen wurde (§§ 161, 162), sei es, daß ein Erbe über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstand verfügte (§ 2211 Abs. 2) oder es sich um eine unzulässige Verfügung durch einen Vorerben handelte (§ 2113 Abs. 3, § 2129 Abs. 2). Analoges gilt auch bei der Veräußerung seitens eines durch Erbschein oder Todeserklärung Legitimierten, der in Wirklichkeit nicht Erbe ist (§§ 2366, 2370 Abs. 1). Weiterhin soll nach der Sonderbestimmung des § 366 H. G. B. bei der Veräußerung durch einen Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes, sowie nach § 1244 B. G. B. bei einer solchen durch einen vermeintlichen Pfandgläubiger selbst dann Eigentum erworben werden, wenn der Erwerber wußte, daß der Veräußerer nicht Eigentümer war, ihn aber redlicherweise für verfügungsberechtigt hielt [1]).

Diese Vorschriften bedeuten also allgemein für die Ersitzung eine Einschränkung ihres Wirkungsgebietes. Handelt es sich um eine Übertragung des Eigentums an einer Mobilie, so wird ihnenzufolge regelmäßig der redliche Erwerber sofort Eigentümer, und eine Ersitzung kommt nicht mehr in Betracht.

[1]) Vgl. Lessing S. 608 ff. Planck Vorbem. zu §§ 932—935 — außerhalb des B. G. B. enthalten analoge Bestimmungen ferner Art. 74 W. O. über den redlichen Erwerb eines Wechsels, Art. 61 u. 168 E. G. B. G. B. über den Erwerb eines Gegenstandes, der nach landesrechtlichem Vorbehalt einer Verfügungsbeschränkung unterliegt sowie §§ 325 u. 898 C. P. O. hinsichtlich des gutgläubigen Erwerbs einer res litigiosa und einer Mobilie, die bei der Vollstreckung eines auf Eigentumsübergang an einer solchen gerichteten Urteils durch den Gerichtsvollzieher weggenommen wurde, dem Verurteilten aber nicht gehörte.

Jener sofortige Eigentumserwerb trifft jedoch nicht alle Fälle der Übertragung. Einzelne sind möglich, in welchen das vermeintliche Eigentum des Gutgläubigen nicht ohne weiteres sofort zu einem wirklichen, vor dem Gesetz bestehenden wird und in diesen Fällen kann das Eigentum nur durch Ersitzung erlangt werden[1]).

Hiernach ist des näheren auch bei vorliegender Übertragung durch den Nichteigentümer für den redlichen Erwerber zum Eigentumserwerb die Ersitzung erforderlich, wenn die Übertragung in Form der brevi manu traditio geschah, der Erwerber aber den Besitz früher nicht vom Veräußerer selbst, sondern anderweitig, insbesondere von einem Dritten erlangt hatte[2]) (§ 932 Abs. 1 Satz 2) oder im Falle eines constitutum possessorium nicht demnächst die körperliche Übergabe[3]) oder diese durch einen Dritten, nicht durch den Veräußerer[4]) erfolgte (§ 933), desgleichen wenn bei einer Veräußerung durch Abtretung des Herausgabeanspruches der Veräußerer nicht mittelbarer Besitzer war, der Erwerber aber auch die Sache nicht von dem „Dritten" ausgeliefert erhielt, sondern auf irgend welche sonstige Weise die tatsächliche Herrschaft über den Gegenstand erlangte (§ 934)[5]). Ferner versagt jener sofortige Eigentumserwerb bei der Veräußerung einer Sache, die gestohlen, verloren gegangen oder sonst dem wahren Berechtigten abhanden ge-

[1]) Siehe auch die kurze Zusammenstellung in den gutachtlichen Äußerungen zum Entwurf S. 169.

[2]) Siehe die Beispiele bei Goldmann-Lilienthal II § 17 Anm. 8.

[3]) Dann kann der Erwerber nur als mittelbarer Besitzer ersitzen.

[4]) Wenn auch etwa durch einen Besitzmittler — denn auch solchenfalls haben Übergabe und Einigung verschiedene Urheber (siehe die Beispiele bei Goldmann-Lilienthal a. a. O. Anm. 9 und § 16 Anm. 12.)

[5]) Vgl. Staudinger, Erl. 1 b (Abs. 1 geg. Ende) zu § 934.

kommen war [1]), abgesehen von Geld, Inhaberpapieren und im Wege öffentlicher Versteigerung veräußerten Sachen [2]). Auch hier kann bei redlichem Erwerb nur Ersitzung zum Eigentum führen. Und Entsprechendes hat für die Fälle zu gelten, welche von jenen den § 937 analogen Vorschriften getroffen werden; tritt der sofortige Eigentumserwerb nicht ein, so bleibt der Ersitzung ihre Wirkung vorbehalten.

Abgesehen von diesen Fällen deckt der gute Glaube des Erwerbers nach § 932 nur den Mangel im Eigentum des Veräußerers. Es greift mithin die Möglichkeit einer Ersitzung überall auch da ein, wo der den Eigentumserwerb hindernde Umstand nicht in dem Nichteigentum des Veräußerers bestand, sondern die Veräußerung aus einem anderen Grunde ungültig oder doch der Geltendmachung des Ungültigkeitsgrundes, der Anfechtung durch einen Berechtigten ausgesetzt war [3]). Hierhin zählen insbesondere die Geschäftsunfähigkeit (§ 105), die mangelnde Verfügungsbefugnis (arg. § 185), mangelnde Ernstlichkeit (§ 118), Formmangel (§ 125),

[1]) Sachen, die dem Eigentümer unfreiwillig aus der Gewere gekommen waren, unterlagen auch nach altdeutschem Recht nicht dem „Hand wahre Hand"-prinzip. Nach römischem Recht waren die res furtivae ausdrücklich der ordentlichen Ersitzung entzogen (vgl. Motive III S. 352 ob.), während manche Partikularrechte, so das Preuß. A. L. R., sie unter gewissen Beschränkungen zuließ.

[2]) Dieselben werden auch bei unfreiwilligem Besitzverlust vom Eigentümer sofort erworben.

[3]) Unter Beachtung dessen, daß ein anfechtbares Veräußerungsgeschäft, solange unangefochten, vollgültig ist, ist hier der Ersitzung doch insofern eine Wirkung zuzuerkennen, als sie den Schwebezustand der bedingten Unwirksamkeit des Geschäftes endgültig beseitigt.

Diese ihre Wirkung kann aber natürlicherweise nur in Frage kommen, wenn das ursprüngliche Geschäft tatsächlich mit Erfolg angefochten ist, bei Nichtanfechtung braucht nicht erst ersessen zu werden. (Auch ist vorauszusetzen, daß die An-

der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten (§§ 134 und 138), auch Willensmängel, wie Irrtum (§§ 119, 120) und arglistige Täuschung (§ 123) [1]). Dagegen scheiden naturgemäß diejenigen nichtigen beziehungsweise anfechtbaren Tatbestände aus, bei welchen der zur Ersitzung erforderliche gute Glaube mit Notwendigkeit ausgeschlossen ist, wie bei beiderseitiger Mentalreservation (§ 116 Abs. 2), Scheinnatur (§ 117), Drohung (§ 123).

Schließlich umfaßt das Anwendungsgebiet der Ersitzung alle diejenigen Fälle, in welchen ursprünglich nicht ein Übertragungsakt vorlag, sondern der Eigenbesitz an der Sache auf eine beliebige andere Weise gutgläubig erworben wurde, sei es, daß damals der äußere, in Wirklichkeit fehlerhafte Tatbestand einer anderen Eigentumserwerbsart vorlag, wie Aneignung [2]), Erbfolge, Gütergemeinschaft, sei es daß sich der Besitzerwerb lediglich als solcher, nicht auf Grund eines vermeintlichen Rechtserwerbes vollzog, also kein sog. Titel vorhanden war, welcher an und für sich den Rechtserwerb zu vermitteln imstande gewesen wäre [3]). So kann der Finder die Sache ersitzen, die er in dem irrigen Glauben, sie sei herrenlos, sich angeeignet hat, der

---

fechtung nicht schon nach Ablauf einer kürzeren Frist ausgeschlossen war — §§ 121 Abs. 1 und 124 Abs. 1). So wird ja auch von Anfechtbarkeit als einer „beschränkten Unwirksamkeit", „einer rechtlich bedingten, abgeschwächten Nichtigkeit" gesprochen (vgl. Matthiass I § 55 I, Dernburg I § 115 I, Crome I § 80 Ziffer I, 2).

[1]) Es steht selbstverständlich vorliegend stets nur das dingliche Rechtsgeschäft in Frage.

[2]) Beispielsw. die Aneignung war gesetzlich verboten — § 958 Abs. 2 (siehe Crome III, S. 273 Anm. 21).

[3]) Die Ausdehnung der Ersitzung auch auf die Fälle, in welchen es sich ursprünglich nicht um einen Akt der Übertragung handelt, ist wichtig für die Begriffsbestimmung des guten Glaubens bei der Ersitzung (siehe unt. Teil III Kapitel 2.)

Erbe den Gegenstand in der Meinung, dieser habe zum Nachlaß des Erblassers gehört [1]). Aber auch dann ist beispielsweise die Möglichkeit der Ersitzung gegeben, wenn jemand eine tatsächlich fremde Sache, die ihm auch geliehen, in Verwahrung gegeben oder verpfändet worden sein kann, in seinem Besitz vorfindet, sie jedoch zufolge einer Verwechselung redlicherweise für sein Eigentum hält [2]).

Die Motive [3]) heben hervor, der heutige Gesetzgeber könne in der Ersitzung nur ein Mittel zum Schutze des bereits erworbenen Eigentums erblicken, ihre Intention gehe, wie auch im früheren Recht [4]), allein darauf, den Eigentümer in der Behauptung und Verteidigung des Eigentums gegen Angriffe Dritter dadurch zu unterstützen, daß ihm bei Vorhandensein der Ersitzungserfordernisse der mit der Länge der Zeit

[1]) Diese beiden Fälle, Aneignung und Erbfolge, mögen als hier lediglich praktisch hervorgehoben werden. Schlechthin kommt jede Erwerbsart in Betracht. Anders im römischen Recht die casuistische Umgrenzung der verschiedenen Ersitzungstitel (pro emtore, pro donato, pro soluto etc.). — Aehnlich hebt dies Hachenburg (S. 190) hervor: „Die Ersitzung wird bedeutsam in allen Fällen, in denen der Besitzer garnicht mehr in der Lage ist, sein Erwerbsgeschäft nachzuweisen. Er weiß nicht mehr, von wem er den Besitz erhielt. Er kennt nur den eigenen Besitz Dies wird bei Fahrnissen nach 10 Jahren sehr häufig der Fall sein. Man denke auch daran, daß der Erbe die Sache im Nachlaß vorfindet. Er hält sie für Eigentum des Erblassers....".

[2]) Siehe auch die Beispiele bei Cosack II § 207 Ziffer 3 S. 140.

[3]) Motive III, S. 309.

[4]) Da das römische Recht weder, wie bereits erwähnt, einen Erwerb vom Nichteigentümer noch eine Eigentumsvermutung (§ 1006; s. unt.) kannte, der Nachweis des derivativen Eigentumserwerbes infolgedessen häufig unerbringlich sein mochte (probatio diabolica), so fiel hier, wenngleich die Quellen für diese Annahme keinerlei Anhalt bieten, der Ersitzung als einer originären Erwerbsart mit Notwendigkeit als wesentlich die Aufgabe zu, dem Eigentümer den sonst vielleicht unmöglichen Beweis seines anderweitig erworbenen Eigentums zu sichern.

immer schwieriger werdende, nicht selten unmögliche Eigentumsbeweis erlassen wird.

Diese Auffassung dürfte schon aus dem Grunde nicht einwandfrei zutreffen, weil gerade im heutigen Recht dem Zwecke der Beweiserleichterung für denjenigen, der sich auf sein Eigentum beruft, in erster Linie eine andere Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuches Rechnung trägt, die zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache geltende Eigentumsvermutung im § 1006 [1]). Danach bedarf es für den Eigentümer, wenn er sich im Besitze der Sache befindet [2]), entgegen dem allgemeinen Grundsatze über die Beweislast, daß, wer ein Recht für sich in Anspruch nimmt, die den Rechtserwerb begründenden Tatsachen nachzuweisen hat, zunächst nicht des Nachweises seines Eigentums, d. h. der Tatsachen, auf welchen sein Recht beruht, sondern seine bloße Behauptung, er sei Eigentümer, verbunden mit dem Nachweis seines Besitzes [3]) gilt als richtig. Freilich steht dem Gegner offen, die Vermutung durch Gegenbeweis zu widerlegen. Er kann dies aber dem Besitzer, der tatsächlich Eigentümer ist, gegenüber nur durch den Nachweis, daß er selbst die Sache früher besessen hat und sie ihm wider seinen Willen aus seinem Besitz gekommen ist (§ 1006 Abs. 1

---

[1]) Sie ist in Anlehnung an das altdeutsche Recht gebildet, wonach die Gewere eine Vermutung für das in ihr erscheinende Recht begründete. Siehe darüber bes. Gierke S. 22 ff. — Der Vermutung aus § 1006 entspricht im Immobiliarrecht die Vermutung für die Richtigkeit des Grundbuchinhaltes im § 891.

[2]) Gleichgültig, ob er sich als Kläger (zwecks Geltendmachung der actio negatoria, eines Anspruches auf Bereicherung oder unerlaubter Handlung) oder als Beklagter — ein anderer behauptet der Eigentümer zu sein — auf die Vermutung beruft.

[3]) Hat der Eigentümer die Beklagtenstellung, so erübrigt sich auch der Nachweis seines Besitzes, da der Gegner damit, daß er gegen ihn gerade als den Besitzer der Sache vorgeht, selbst den Besitz des Beklagten zugesteht.

Satz 2) [1]). Nur wenn dieser Gegenbeweis gelingt, der aber bei Geld und Inhaberpapieren überhaupt ausgeschlossen ist (§ 1006 Abs. 1 a. E.), spricht nunmehr die Vermutung für das Eigentum des Gegners (§ 1006 Abs. 2 und aus dem Prinzip der Kontinuität der Rechte), und nur dann ist der besitzende Eigentümer genötigt, zum Beweise seines Rechtes überzugehen, falls er es nicht vorziehen und in der Lage sein sollte, die zugunsten des Gegners streitende Eigentumsvermutung schon dadurch zu widerlegen, daß er nachweist, der damalige Besitz des Gegners lasse die Schlußfolgerung auf das behauptete Eigentum nicht zu [2]) oder ihm selbst sei die Sache noch früher abhanden gekommen (§ 1006 Abs. 2).

Und selbst in dem Falle, daß der klagende Eigentümer nicht im Besitze der Sache ist, die Vermutung also direkt gegen ihn und für den Gegner spricht, wird er den Eigentumsbeweis umgehen, wenn eben der Nachweis seines früheren Besitzes und des unfreiwilligen Verlustes der Sache ihm möglich und weniger schwierig für ihn ist, sodaß nunmehr für i h n die Eigentumsvermutung spricht.

Selbstverständlich ist, daß auch demjenigen, der sich tatsächlich nur auf die Ersitzung als Rechtserwerb berufen kann, die Vorteile des § 1006 in der Beweisführung zustatten kommen.

---

[1]) War der Gegner früherer Besitzer der Sache, hatte sie aber freiwillig weggegeben, etwa einem andern anvertraut und vermag er so einen unfreiwilligen Versuch nicht nachzuweisen, so zwingt selbst der Beweis, daß er, der Gegner, damals wirklich Eigentümer war, den jetzigen Besitzer (und Eigentümer) nicht zum Beweise seines Rechts. Denn der allgemein geltende Schluß, daß das als entstanden bewiesene Recht als fortbestehend gilt, wird gerade hier durch die Vermutung aus dem gegenwärtigen Besitz widerlegt (vgl. Crome III S. 214 Anm. 54).

[2]) Der Besitz sei nicht Eigenbesitz gewesen oder habe es nicht sein können (vgl. Crome III, S. 215).

Der Eigentümer wird hiernach verhältnismäßig seltener vor die Notwendigkeit gestellt sein, den Beweis seines Eigentums zu führen. Trifft dies aber zu, so wird dann allerdings derjenige Eigentümer, der sein Recht ursprünglich anderweitig erworben hat, sich den Beweis nach Möglichkeit dadurch zu erleichtern suchen, daß er den Rechtserwerb nicht aus seinen vielleicht schwer zu erweisenden Tatsachen herleitet, sondern ihn mit 10 jährigem gutgläubigem Eigenbesitz [1]) begründet.

Demgegenüber jedoch, daß die Ersitzung, wie darzulegen versucht wurde, als ein solches Mittel der Beweiserleichterung in Rücksicht auf die Vermutung in § 1006 zumeist erst in zweiter Linie praktisch wird, erscheint es nicht gerechtfertigt, ihren Zweck ausschließlich in diese Wirkung zu verlegen, wie dies in den Motiven geschieht. Auch die daselbst geäußerte Ansicht, die Ersitzung sei aus Gründen der materiellen Gerechtigkeit nicht als den übrigen Erwerbsarten gleichstehend anzuerkennen [2]) entbehrt einer überzeugenden Begründung. Vielmehr wird gemeinhin anerkannt [3]), daß ihr eigenstes Wesen ist, zur Herbeiführung der Rechtssicherheit [4]) und vor allem zum Schutz des guten Glaubens beim Rechtserwerb als Ergänzung zu den

---

[1]) Über die verschiedenen Fragen der Beweislast s. unt. Teil III Kapitel 1.

[2]) Motive a. a. O.

[3]) Goldmann-Lilienthal II § 19 Anm. 6 u. Cit., Planck Vorbem. 3 b zu §§ 937 ff., Staudinger Vorbem. IV zu §§ 937 ff., Crome I S. 523 u. a.

[4]) Vgl. Protokolle III, S. 231: Durch das Rechtsinstitut der Ersitzung werde eine Präsumtion für das Eigentum aufgestellt, und zwar mit der Wirkung, daß, wenn innerhalb einer bestimmten Frist kein anderer seine Eigentumsansprüche geltend mache, das präsumtive Eigentum sich in volles Eigentum verwandele.

übrigen diesbezüglichen Regeln des Gesetzbuches den Eigenbesitzer nach Ablauf einer gewissen Zeit zum Eigentümer zu machen.

2. Gegenstand.

Was den Gegenstand der Ersitzung nach §§ 937 ff. betrifft, so wird durch sie nur an einer beweglichen Sache Eigentum erworben. Den Erwerb eines anderen Rechts an der Mobilie durch Ersitzung als des Eigentums kennt das B. G. B. nicht, mit der alleinigen Ausnahme des § 1033, wonach auch der Nießbrauch an einer beweglichen Sache ersitzbar ist [1]). Es gibt mithin keine Ersitzung des Pfandrechts an beweglichen Sachen [2]). Den Gegensatz zur beweglichen Sache bildet auf der einen Seite die Immobilie, für die die besonderen Arten der Ersitzung in § 900 und § 927 gelten, auf der anderen Seite steht dem Begriff der Sache der des unkörperlichen Gegenstandes gegenüber (§ 90) [3]). Auf Rechte an unkörperlichen Gegenständen bezieht sich also die Ersitzung nicht. Es ist hiernach eine Ersitzung an Gegenständen des Immaterialgüterrechtes d. h. an Erzeugnissen der wissenschaftlichen, künstlerischen, ge-

[1]) Vgl. bei Immobilien die Tabularersitzung der in § 900 Abs. 2 bezeichneten Rechte.

[2]) Ein Bedürfnis für das Gegenteil besteht auch nicht. Denn Faustpfänder sind nicht bestimmt, längere Zeit im Besitz des Gläubigers zu ruhen und die Möglichkeit eines sofortigen gutgläubigen Rechtserwerbes ist in § 1207 vorgesehen.

[3]) Der Sachbegriff ist in den Rechten vor 1900 durchaus nicht übereinstimmend der des heutigen bürgerlichen Rechts. So versteht das A. L. R. I, 2 § 1 unter Sache im weiteren Sinne alle der menschlichen Herrschaft unterliegenden Lebensgüter, also auch die immateriellen Güter, wie Patentrechte und selbst Forderungen (Dernburg III S. 2, Motive III S. 32). Vgl. auch in C. P. O. § 846: „körperliche Sachen"!

werblichen Tätigkeit nicht zugelassen [1]). Ebensowenig können sog. Individualgüter wie Name, Firma, ein Warenzeichen Gegenstand der Ersitzung sein. Auch das Erbrecht als solches, eine Forderung [2]) — ihr unkörperlicher Gegenstand ist die Leistung eines anderen Rechtssubjektes im Sinne des § 241 — kann aus dem gleichen Grunde nicht ersessen werden [3]).

[1]) Z. B. Autorenrecht, Patentrecht, Musterschutz sind nicht ersitzbar.

[2]) Hat beispielsw. jemand von einem Geschäftsunfähigen einen Gegenstand geschenkt und geliefert erhalten und behält ihn 10 Jahre gutgläubig im Eigenbesitz, so erwirbt er ihn durch Ersitzung. Der bloße Zufall jedoch, daß er ihn vor Ablauf einer 10jährigen Frist an einen Dritten zu Eigentum weiterübertragen hat, bewirkt seine Verpflichtung zur Herausgabe der Bereicherung auch nach Ablauf dieser Zeit — während er ersterenfalls doch keinen Rechtsverlust erleidet (über die Bereicherungsfrage bei der Ersitzung s. unt. Teil IV Kap. 2) —, und nicht etwa hat er nach 10 Jahren gutgläubig das Forderungsrecht aus der Schenkung ersessen.

Vgl. dagegen die Ersitzung einer Forderung im A. L. R. §§ 839, 840 I, 11.

[3]) Die Erläuterungen bei Dernburg (III § 106 Anm. 4) und Goldmann-Lilienthal (III § 19 Ziff. I, 1), im Gegensatz zu den Sachen seien Rechte, weil unkörperlich, abgesehen vom Nießbrauch nicht ersitzbar, sind mißverständlich. Ein Recht ist doch auch das Eigentum! Man ersitzt das Eigentum, Gegenstand der Ersitzung ist die Sache. Die mitunter übliche (so Staudinger, Vorbem. und Erl. zu §§ 90 ff. u. Planck ebenda), auch im Gesetz (§§ 90, 433, 1068, 1273) enthaltene Gegenüberstellung von Sachen und Rechten ist logisch ungenau. Zu den Sachen, als den körperlichen Gegenständen, bilden den Gegensatz die unkörperlichen Gegenstände von Rechten, zu den (anderen) Rechten dagegen bildet den Gegensatz das Eigentum. Der Unterschied im römischen Recht von res corporales und incorporales betrifft nicht die Gegenstände von Rechtsverhältnissen, sondern bezieht sich auf die Rechtsverhältnisse selbst, sodaß res corporalis das Eigentum bedeutete (siehe Hölder, Erl. 2 zu § 90 vgl. Fischer-Henle Erl. 2 zu § 90 und Matthiaß I § 37, I, d, 1).

Der Begriff der beweglichen Sache ist vom Gesetz nicht festgelegt. Mobilien sind alle Sachen, welche nicht Grundstücke und nicht Bestandteile eines Grundstücks sind [1]). Beachtlich ist hierbei, daß zwar gewisse ihrer Natur nach bewegliche Sachen, sobald sie im Sinne des § 97 das Zubehör eines Grundstückes ausmachen [2]), mithin regelmäßig die in § 98 bezeichneten Inventarstücke [3]) im Falle der Veräußerung die dingliche Rechtslage der Hauptsache gemäß § 926 im Zweifel teilen, dann also den Rechtsvorschriften über unbewegliche Sachen, unterliegen — daß es sich jedoch hier nur um eine Auslegungsregel handelt. Auch das Zubehör eines Grundstücks kann gemeinhin im Sondereigentum und Sonderbesitz stehen, insbesondere seiner natürlichen Eigenschaft entsprechend als Mobilie ersessen werden. Uneinigkeit herrscht mangels einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung darüber, ob die sog. Scheinbestandteile eines Grundstückes (§ 95) [4]), wenn sie ihrer natürlichen Beschaffenheit nach unbeweglich sind [5]), zu den Mobilien oder Immobilien ge-

[1]) So auch Cosack I § 43 Ziff. II; Crome I § 55 Ziff. 3; Dernburg III § 4; Maenner § 4; R. G. Bd. 59 S. 20 ff. Vgl. ferner Motive III, S. 36; Protokolle III, S. 3.

[2]) D. h. ohne Bestandteil der Hauptsache zu sein, dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache dauernd zu dienen bestimmt sind und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnis stehen, vorausgesetzt, daß sie der Verkehr als Zubehör betrachtet.

[3]) Z. B. das Fabrik-, Laden-, Hotelinventar, auch in der Regel das Inventar seines Landgutes.

[4]) Sachen, welche nur zu einem vorübergehenden Zweck mit Grund und Boden verbunden sind, sowie bauliche Konstruktionen auf einem Terrain, die in Ausübung eines Rechts an diesem fremden Terrain von dem Berechtigten errichtet wurden.

[5]) Z. B. die von einem Erbbauberechtigten, Nießbraucher oder Pächter mit dem Grundstück verbundenen Gebäude, die Schienenanlage, welche ein Servitutenberechtigter hergestellt hat, usw.

hören [1]). Da jedoch die Vertreter der letzteren Auffassung einräumen, es müßten auf diese Sachen die Regeln des Fahrnisrechts analog angewendet werden, weil das Grundbuch für sie keinen Raum habe, ist die Streitfrage hier belanglos und es steht nichts entgegen, auch die ihrer Natur nach unbeweglichen Gegenstände des § 95 den Regeln über die Mobiliarersitzung zu unterstellen. Dagegen ist sie wiederum ausgeschlossen an dem Sachinbegriff als solchem d. i. einer Mehrheit selbständiger Sachen, welche verkehrs- oder gewohnheitsmäßig zu einer ideellen Einheit zusammengefaßt werden [2]); der Sachinbegriff selbst, die „Sachgesamtheit" (universitas facti) ist nicht Sache im Sinne des heutigen Rechts [3]). Vielmehr muß hier grundsätzlich der Erwerb durch Ersitzung an jeder einzelnen zu dem Inbegriff gehörigen Sache nachgewiesen werden und nicht etwa erstreckt er sich ohne weiteres auch auf eine Einzelsache, bezüglich deren speziell eine Voraussetzung der Ersitzung fehlt [4]), deshalb, weil sie der Sachinbegriff mit umfaßt, wenn natürlich auch die Bezeichnung mit dem Gesamtbegriff solange genügt, wie nicht an

[1]) Zu den Mobilien rechnen sie folgegemäß diejenigen, welche den Begriff der beweglichen Sache nach der auch im Text angegebenen Richtung bestimmen (siehe S. 27 Anm. 1). Vgl. ferner Goldmann-Lilienthal II § 16 Anm. 1; Biermann S. 2, R. G. 55, S. 284. — A. M. bes. Gierke S. 37, Matthiaß § 39 Ziff. b, Staudinger Erl. 4 zu § 95, Eck, Vorträge S. 24, die den elementaren Unterschied von beweglich und unbeweglich entscheiden lassen.

[2]) Z. B. an einem Warenlager, einer Bibliothek, einem Gutsinventar.

[3]) Streitig im Gemeinen Recht. Siehe auch A. L. R. I, 2 §§ 32, 36—39. A. M. Cosack I § 41 Ziff. III: „Der Sachinbegriff ist eine einheitliche Sache". Zu weit gehen nach der anderen Seite die Motive (III S. 29) mit der Behauptung, die Sachgesamtheit könne schlechthin nicht Gegenstand von Rechten sein. Denn es kommt ihr wohl rechtliche Bedeutung zu (siehe beispielsw. im Gesetz die §§ 92, 1035).

[4]) Z. B. guter Glaube.

der Einzelsache Gegenrechte geltend gemacht werden. Zwar nach dem bürgerlichen Gesetzbuche nicht von allgemeiner Bedeutung, aber gebräuchlich ist der Begriff des beweglichen Vermögens [1]). Aber selbst, wenn es im Einzelfalle nur aus beweglichen Sachen genauer, nur aus Eigentumsrechten an solchen bestehen sollte [2]), können auf das Mobiliarvermögen als solches die Regeln der Ersitzung keine Anwendung finden. Denn das Vermögen läßt sich nur als ein Inbegriff von Rechten (universitas iuris) vorstellen, es steht dem Begriff der Sache mithin völlig fern.

Schließlich bedürfen noch an dieser Stelle einer, wenn auch allgemeinen Erwähnung die Wertpapiere, das sind „Urkunden, deren Innehabung zur Ausübung des in ihnen verbrieften Rechts notwendig ist".[3]) Sie sind gleichfalls körperliche bewegliche Sachen, aber ihre Besonderheit besteht darin, daß das körperliche Substrat als solches, der Papierstoff als stoffliche Sache im Rechtsverkehr schlechthin bedeutungslos ist, vielmehr das verbriefte Recht das Wesentliche ist, welches dem Papiere den rechtlich und wirtschaftlich selbstän-

---

[1]) Siehe auch § 863 C. P. O.; ferner spricht § 47 K. O. und die Sonderbestimmung des § 1551 Abs. 2 B. G. B. von „unbeweglichem Vermögen". Übrigens paßt die Unterscheidung von Beweglichkeit und Unbeweglichkeit folgerichtig nicht auf das Vermögen: jene sind Eigenschaften der Körper und auf Rechte, aus denen das Vermögen sich zusammensetzt, genau genommen, nicht anwendbar.

[2]) Z. B. dem vermeintlichen Legatar sind die Mobilien des Erblassers überlassen worden.

[3]) Jacobi S. 23 unter eingehender Begründung, Staudinger III, Vorbem. zu § 793, Brunner in Endemann's Handbuch des Handelsrechts S. 147. Siehe auch Crome I § 63 Ziff. II u. II § 310 Anm. 3, Matthiass I § 137, Endemann I S. 1217 u. die Zusammenstellung der divergierenden Meinungen über den Begriff des Wertpapieres bei Brunner S. 141 u. Jacobi S. 1 u. 2.

digen Wert gibt. Denn „das Papier ist des Rechts wegen und nicht das Recht des Papieres wegen da".[1]) Wegen dieses eigentümlichen Verknüpftseins des Papieres mit dem in ihm verbrieften Recht sorgt die Rechtsordnung dafür, daß die Berechtigung an dem Papier mit der aus dem Papier zusammenfällt,[2]) dies jedoch mit einer der Verschiedenheit der Wertpapiere entsprechenden verschiedenen Behandlung. Für die einen nämlich stellt es den Grundsatz auf, daß derjenige, dem die in der Urkunde verbriefte Forderung zusteht, auch Eigentümer der Urkunde sein soll: Dem Rechte aus dem Papier folgt das Recht am Papier. So bei den Rectapapieren[3]). Gerade das Entgegengesetzte aber gilt für die beiden anderen Formen der Wertpapiere, für die Inhaber und Ordrepapiere[4]). Bei diesen richtet sich das Recht aus dem Papier nach dem Recht am Papier: Der Eigentümer der Urkunde soll auch der Gläubiger des in ihr verbrieften Rechtes sein. Während also dort, bei den Rectapapieren, die Urkunde in Hinsicht auf das Recht, welches sie verbrieft, prinzipiell nicht selbständig Gegenstand des Rechtsverkehrs ist, sondern nur als dessen Annexe erscheint, ist hier umgekehrt das Recht am Papier, das entscheidende. Dies aber eben nicht um seines stofflichen Eigenwertes willen. Sondern, weil zur Erleichterung der Übertragbarkeit des verbrieften

---

[1]) Thöl, Handelsrecht § 681 Anm. 4.

[2]) Siehe jedoch die Erörterung bei Jacobi, S. 105—109 über die Möglichkeit, daß Papier und verbrieftes Recht rechtlich verschiedene Wege gehen.

[3]) Siehe besonders § 952, ferner §§ 402, 444 des Gesetzes und Crome I § 63 Anm. 9.

[4]) Vgl. Cosack II § 254, Crome I § 63 insbes. Anm. 21, Dernburg III § 109 a. E., Enneccerus-Lehmann § 62 Ziff. 4, Staudinger Erl. I a zu § 952, Goldmann-Lilienthal a. a. O., Jacobi S. 105. A. M. bezüglich der Ordrepapiere Endemann I § 196 S. 1218. Anm. 2 a. E. (ebenfalls 8. Aufl. 1903/01).

Rechtes grundsätzlich [1]) der Besitz des Papieres zur Berechtigung aus diesem legitimieren soll, die Frage nach dem Recht aus dem Papier im letzten auf die Frage nach dem Recht zum Besitze des Papieres, also nach dem sachenrechtlichen Verhältnis an diesem abgestellt ist, verkörpert das Papier das Recht; das Recht ist in ihm gewissermaßen „versachenrechtlicht“ [2]): Inhaber- und Ordrepapiere, d. h. eben im Endergebnis die Rechte aus ihnen, werden nach den gewöhnlichen Regeln über bewegliche Sachen erworben und können somit in der gleichen Weise nach den §§ 937 ff. ersessen werden.[3]) [4]) Nur tritt selbstverständlich bei den Ordrepapieren das formale Erfordernis des Indossaments hinzu. Immerhin mögen die Fälle einer Ersitzung hier praktisch nur äußerst selten sein, umsomehr, als sich der Schutz des gutgläubigen Erwerbs vom Nichteigentümer bei Inhaberpapieren auch auf abhandengekommene erstreckt (§ 935 Abs. 2) und folgerichtig auch die Eigentumsvermutung in § 1006. Jedenfalls aber sind sie rechtlich möglich.

[1]) Bei den Ordrepapieren ist freilich noch das Indossament zur Legitimation notwendig; sie sind darum eben in geringerem Maße zirkulationsfähig.

[2]) Siehe Crome I § 63 Ziff. II, 2.

[3]) Mittelbar ist hier also auch ein Forderungsrecht ersitzbar (siehe ob. S. 26 Anm. 2), selbst ein Pfandrecht z. B. die Inhabergrundschuld (s. ob. S. 25). Dies ist aber nur verständlich aus dem angeführten Gesichtspunkte der aus Verkehrsrücksichten bestimmten Anknüpfung des Rechts an das Papier.

[4]) So ausdrücklich auch Cosack II § 256 Ziff. II, 2 c und § 270 Ziff. II, 2, Crome II § 311 Ziff. 1 a u. b, § 314 Ziff. 4 a, insbes. Anm. 54 a. E. und hinsichtlich der Inhaberpapiere Jacobi S. 109 u. 110. Dagegen erkennt Jacobi die Möglichkeit einer Ersitzung von Ordrepapieren nicht an (S. 249). Die hierfür gegebene Begründung, nur die vom Veräußerer g e w o l l t e Übertragung komme in Betracht, hätte ihn jedoch entsprechend dazu führen müssen, auch für die Inhaberpapiere die Ersitzung auszuschließen (siehe S. 107, dritter Abs. a. E.). Seine Ansicht dürfte auch bei den Ordrepapieren mit Blankoindossament nicht zutreffen.

Aus der Zulassung eines Teilbesitzes an einer Sache durch § 865 ließe sich folgern, daß auch an einem wesentlichen Bestandteile einer Mobilie eine Ersitzung stattfinden kann. Da die Voraussetzung für den Teilbesitz ist, daß tatsächlich eine gesonderte räumliche Herrschaft an dem einzelnen Teile der Sache neben der räumlichen Herrschaft einer anderen Person über den anderen Teil ausgeübt werden kann [1]), so würde er an einer Mobilie vornehmlich [2]) bei den bereits erwähnten Scheinbestandteilen von Grundstücken (§ 95) denkbar sein, welche zu den beweglichen Sachen zählen bezw. als solche rechtlich zu behandeln sind [3]), eine Ersitzung demnach lediglich hinsichtlich räumlich abgesonderter Wohn- und Wirtschaftsräume in baulichen Anlagen in Betracht kommen [4]). Denn der Teilbesitz kann auch Eigenbesitz sein [5]). Der Annahme eines Eigentumserwerbes durch Ersitzung tritt hier jedoch die Bestimmung des § 93 entgegen, wonach wesentliche Bestandteile nicht Gegenstand besonderer dinglicher Rechte sein können. An unwesentlichen Bestandteilen andererseits kann, auch vor der Trennung Sondereigentum ersessen werden, nur ist gleichfalls die Möglichkeit einer gesonderten Innehabung des betr. Bestandteiles Voraussetzung [6]).

Wie an solchen räumlich begrenzten Teilen einer Sache die Ersitzung möglich ist, so ist sie es auch an

---

[1]) Motive III, S. 114. Dies ist im einzelnen immer Tatfrage. Siehe auch die Beispiele bei Strohal S. 33 ff. und 37 ff., Dernburg III S. 59, Goldmann-Lilienthal II § 5 Anm. 8.

[2]) In der Regel wird der Satz: res mobilis pro diviso provideri non potest zutreffen. Vgl. Motive III S. 114.

[3]) Siehe oben S. 28 Anm. 1.

[4]) Also ein Stockwerkseigentum! (Art. 182 E. G. B. G. B.).

[5]) Siehe Biermann und Planck Erl. zu § 865, Maenner S. 129 Anm. 4 und die bei Biermann Cit. A. M. Staudinger a. a. O. und Turnau-Förster (1906) I, S. 80.

[6]) Siehe auch Matthiass II § 20 Ziff. I, A. Von der gemeinen Meinung abweichend Endemann (8. Aufl.) I § 52, insbes. Anm. 15.

ideellen Teilen, d. i. den Bruchteilen des Eigentumsrechtes an der Sache. Im Gegensatz zu dem Sondereigentum an dem Sachteil dort entsteht hier Miteigentum, eine Quote des Rechts [1]). Bedingt ist der Erwerb hier folgegemäß dadurch, daß der Eigenbesitz des Ersitzenden gleichfalls als Mitbesitz (vgl. § 866) zu einem Bruchteile bestand [2]), im Umfange dieses Mitbesitzes kann dann das Miteigentum durch Ersitzung begründet werden.

Eine Vorschrift, welche gewisse Sachen ausdrücklich der Mobilarersitzung entzöge, enthält das B. G. B. nicht. Insbesondere ist auch Furtivität kein Hindernis mehr [3]), sondern bildet gerade sie, wie bereits angedeutet, einen Hauptanwendungsfall für die heutige Ersitzung. Es entscheidet sich somit die Frage nach der Ersitzbarkeit einer beweglichen Sache zugleich mit der Frage, inwieweit sie

[1]) Das condominium pro indiviso (vgl. § 1008) gegenüber dem condominium pro diviso.

[2]) Nicht in Betracht kommt hier das Verhältnis des mittelbaren zum unmittelbaren Besitzer, weil dabei ersterer Oberbesitzer des letzteren und nicht Mitbesitzer gleichen Grades neben ihm ist, wenngleich der Mitbesitz auch bei Vorliegen des mittelbaren Besitzes denkbar ist: z. B. bei mehreren Miterben bezüglich verpachteter Nachlaßgegenstände (vgl. Matthiass II S. 9 Anm. 2). Ebensowenig gehört die andere Art des Mitbesitzes, der Mitbesitz zur gesamten Hand, hierher, bei welchem nur alle Mitbesitzer zusammen die Sache zur Verfügung haben, z. B. der Besitz der Miterben und der Gesellschafter (vgl. Matthiass II S. 9). Sondern von den Besitzern muß jeder für sich die tatsächliche Herrschaft haben, dies aber mit der Maßgabe, daß die Herrschaft des Einen durch die entsprechende gleiche Herrschaft der Übrigen beschränkt wird (vgl. R. G. 13 S. 179).

[3]) wie im gemeinen Recht, es sei denn, daß die Sache in die Gewalt des Eigentümers zurückgekehrt war. Anders im preuß. A. L. R., welches die Ersitzung an gestohlenen Sachen zuließ, allerdings in der Form einer „ungewöhnlichen Verjährung" (I, 9 §§ 629 ff.), wonach sie vom ersten gutgläubigen Besitzer erst in 40 Jahren ersessen werden konnte; für die folgenden Besitzer galt wieder die gewöhnliche 10jährige Ersitzung. Vgl. auch Motive III, S. 352.

überhaupt fähig ist, Gegenstand des Eigentums zu sein[1]). Letzteres trifft im heutigen Recht ausnahmslos für alle Mobilien zu. Weder gibt es solche, denen durch eine positive Gesetzesvorschrift diese Fähigkeit abgesprochen würde, noch sind solche, die aus natürlichen Gründen der tatsächlichen Beherrschung durch den Menschen entzogen und an welchen deshalb Sonderrechte nicht möglich wären, schlechterdings denkbar. Jedoch gibt es bewegliche Sachen, die zwar im Eigentum stehen, die aber von dem allgemeinen Rechtsverkehr ausgeschlossen sind, weil dies ihre im öffentlichen Interesse zu schützende Zweckwidmung erfordert. Das B. G. B. selbst hat die auf solche Sachen bezüglichen Verhältnisse nicht geregelt. Denn der Grund ihrer Ausnahmestellung beruht auf dem öffentlichen Recht und bleiben deshalb die betreffenden Landesgesetze aufrecht erhalten (Art. 55 E. G. B. G. B.)[2]) [3]).

In dieser Weise in ihrer Verkehrsfähigkeit beschränkt sind im wesentlichen alle zu dem Verwaltungsvermögen[4]) des Reichs, eines Staates, einer Kommunalverwaltung oder einer kirchlichen Gemeinschaft[5]) gehörenden beweglichen Sachen. Denn sie sind öffentlichen Zwecken gewidmet, mögen sie dem Gemeinge-

[1]) Vgl. Motive ebenda.

[2]) Wie im Text nehmen die meisten Kommentare und Lehrbücher ein Eigentum der betreffenden öffentlichrechtlichen Körperschaft und ebenso eine Beschränkung ihrer Verkehrsfähigkeit an.

[3]) Siehe jedoch auch das Reichsgesetz vom 23. Mai 1876 über die Rechtsverhältnisse der zum dienstlichen Gebrauch einer Reichsverwaltung bestimmten Gegenstände. Vgl. Motive III S. 27, insbes. Anm. 3; Goldmann-Lilienthal II § 8 Anm. 12.

[4]) Hölder Erl. zu § 90: „Sie sind nicht Vermögensbestandteil". — Das Finanzvermögen, welches der Staat bezw. die öffentlich rechtliche Korporation wie jeder Privatmann hat, unterliegt dagegen grundsätzlich dem freien Rechtsverkehr.

[5]) Die geweihten Sachen (res sacrae) standen nach römischem Recht als divini iuris außerhalb des Bereiches menschlicher Satzungen und konnten sie auch mit Aufhören ihrer Zweckbestimmung nicht im Eigentum stehen.

brauch nun unmittelbar dienen [1]) oder mittelbar für ihn bestimmt sein, insofern sie zu der Verwaltung der Körperschaft und ihren Zwecken notwendig gebraucht werden [2]), und die Regeln des Privatrechts, insbesondere die über Eigentum und Eigentumserwerb kommen eben nur insoweit zur Anwendung, als dies mit ihrer Zweckwidmung im Einklange steht. Es kann demnach auf der einen Seite eine Mobilarersitzung zugunsten dieser Zweckbestimmung Platz greifen [3]), auf der anderen Seite ist sie ausgeschlossen, wenn sie die objektive Gebundenheit der Sache in ihren Zweck — die allerdings durch rechtsgültigen publizistischen Akt wieder aufgehoben werden kann — beeinträchtigen würde. Wie demnach gesetzliche Vorschriften außerhalb des B. G. B. die Verkehrsfähigkeit von Mobilien mit Rücksicht auf deren Bestimmung zum Gemeingebrauche beschränken können, so können auch neben dem B. G. B. nach Art. 32 E. G. selbständig geltende Reichsgesetze für gewisse Mobilien nicht nur eine Beschränkung der Verkehrsfähigkeit, sondern auch der Fähigkeit, Gegenstand des Eigentums zu sein, enthalten [4]). So verbietet beispielsweise § 1 des sog. Dynamitgesetzes vom 9. Juni 1884 den Besitz von Sprengstoffen ohne polizeiliche Genehmigung. Ein Eigentum ohne diese Genehmigung und

[1]) Z. B. die Einzelgegenstände der öffentlichen Bibliotheken und Sammlungen.

[2]) Z. B. die Utensilien, das Inventar in einem Dienstgebäude.

[3]) So ausdrücklich auch Zitelmann I S. 85 Ziff. b — beispielsweise könnte der Fiskus in die Lage kommen, sein Eigentum an einer solchen Sache mit Ersitzung begründen zu müssen. Siehe auch das Beispiel bei Crome III § 405 Anm. 14.

[4]) Der Unterschied dieser Rechtsfähigkeit von der Verkehrsfähigkeit ist besonders bei Matthiass I § 38 hervorgehoben. Der Landesgesetzgebung ist nur nach Maßgabe der vorliegend nicht einschlägigen Artikel III f. E. G. ein Einfluß vorbehalten. Reichsgesetze der betr. Art sind bei Staudinger I Vorbem. zu §§ 90 ff. aufgeführt.

entsprechend eine Ersitzung ist demnach an diesen Stoffen ausgeschlossen [1]).

Schließlich bedarf es an dieser Stelle noch eines Hinweises auf diejenigen beweglichen Sachen, die einem Veräußerungsverbot unterliegen. Dafür, daß ein relatives gesetzliches oder richterliches Veräußerungsverbot (§§ 135, 136) der Ersitzung nicht entgegensteht, wird mehrfach die Begründung geltend gemacht, daß nach Abs. 2 des § 135 unter den Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auch die Ersitzung entsprechende Anwendung finde [2]). Demgegenüber ist hervorzuheben, daß ein derartiges Verbot sich nur gegen die Veräußerung richtet, die Ersitzung aber nicht unter den Begriff der Veräußerung d. h. der Übertragung eines Rechtes auf einen anderen fällt [3]). Vielmehr berührt allgemein ein Verbot der Veräußerung, eines derivativen Erwerbs, die Möglichkeit einer Ersitzung deshalb nicht, weil diese sich als ein originärer Rechtserwerb darstellt [4]). Und dies trifft naturgemäß relative, wie auch an sich die absoluten Veräußerungsverbote [5]), wenn auch ein solches der letzteren Art auf Grund seines Inhaltes die Ersitzung hindern kann, weil es unter gewissen Voraussetzungen überhaupt einen Eigentumserwerb an der Sache unmöglich macht [6]).

---

[1]) Siehe Goldmann-Lilienthal II § 8 Anm. 15.

[2]) Biermann, Erl. zu § 937 a. E.; Dernburg § 106 Anm. 18; Crome III § 405 Anm. 14.

[3]) Vgl. auch Matthiass I S. 229 u. 260; Crome I S. 326.

[4]) Siehe oben S. 11.

[5]) Ein absolutes Veräußerungsverbot bedeutet z. B. die Beschlagnahme des Vermögens nach § 93 Str. G. B. Trotzdem kann im Falle der verbotwidrigen Veräußerung an den Einzelgegenständen des Vermögens eine Ersitzung stattfinden.

[6]) Siehe das Beispiel im Text S. 35.

Vgl. auch Motive I S. 214: „Ob gegenüber einem absoluten Veräußerungsverbot Ersitzung eintreten kann, ist dem

3. Zeitliche Herrschaft.

Inwieweit die heutige Mobilarersitzung der §§ 937 ff. auf Rechtsverhältnisse einwirkt, die bereits vor dem Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuches entstanden sind, ist im wesentlichen in Art. 185 E. G., welcher auf die Ersitzung die Vorschriften des Art. 169 E. G., über die Verjährung Anwendung finden läßt, festgelegt [1]). Diese beiden Artikel geben in ihrer Verbindung eine Regelung für den Fall, daß eine Ersitzung vor dem 1. Januar 1900 begonnen hat, aber bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht vollendet ist. Art. 169 Abs. 1 E. G. in Verbindung mit Art. 185 E. G. besagt hierfür, die Vorschriften der §§ 937 ff. sollen auf eine vor dem Inkrafttreten des B. G. B. begonnene, noch nicht vollendete Ersitzung Anwendung finden. Der Beginn sowie die Hemmung und Unterbrechung sollen sich jedoch für die Zeit vor dem Inkrafttreten des B. G. B. nach den bisherigen Gesetzen bestimmen. Abs. 2 bestimmt dann weiter, daß, wenn die Verjährungsfrist nach dem B. G. B. kürzer als nach den bisherigen Gesetzen ist, die kürzere Frist von dem Inkrafttreten des B. G. B. an gerechnet werden soll. Wenn jedoch die in den bisherigen Gesetzen bestimmte längere Frist ablaufe, sei die Ersitzung mit dem Ablauf der längeren Frist vollendet. Mit anderen Worten: Für eine Ersitzung kommt die Sachlage vor dem 1. Januar 1900, namentlich die bis dahin verflossene Zeit nur insoweit in Betracht, als sie nach dem damaligen Recht die Eigenschaft besaß,

---

Inhalt des Verbots zu entnehmen", ferner Motive III S. 352, Staudinger I S. 439.

[1]) Freilich kollidiert hier altes und neues Recht nur bis zum Ablauf des Jahres 1910, wenn nicht vor dem Inkrafttreten des B. G. B. eine Unterbrechung oder Hemmung eingetreten ist. Vgl. zum Folgenden auch Biermann, Vorbem. zu § 937; Dernburg I § 173 Anm. 7, Habicht S. 440 ff.

zur Ersitzung zu führen [1]). Für die Zeit vom 1. Januar ab dagegen sind frühere Erschwerungen oder Erleichterungen gleichgültig, es gelten lediglich die Normen des heutigen Rechtes, besonders auch bezüglich der Dauer der Ersitzung; letzteres freilich mit der Modifikation, daß nach Abs. 2 Satz 1 auch eine Vollendung mit Ablauf einer von dem früheren Recht bestimmten Frist möglich ist. Aber die heutige zehnjährige Frist ist regelmäßig nicht nur dann — vom 1. Januar 1900 ab gerechnet! — maßgebend, wenn sie gegenüber der Frist eines bisherigen Rechts die kürzere ist, sondern sie entscheidet gemäß Abs. 1 Satz 2 auch, wenn sie umgekehrt länger ist, als die Frist des alten Rechts, und es kann mithin die nach bisherigem Rechte angefangene, aber nicht abgelaufene Ersitzung erst vollendet werden, sobald insgesamt ein Zeitraum von 10 Jahren erfüllt ist [2]). Möglich ist ferner, daß nach einem bisherigen Gesetze eine Ersitzung nicht oder noch nicht lief, während die Voraussetzungen, unter welchen nach den Regeln des B. G. B. die Ersitzung beginnen könnte und begonnen haben würde, vorlagen. Hier beginnt die Ersitzung erst nach heutigem Recht mit dessen Inkrafttreten zu laufen, da der von diesem als zur Herbeiführung der Ersitzung geeignet anerkannte Zustand nach dem bisherigen Recht, unter dessen Geltung er sich verwirklicht hat, eben ohne rechtliche Bedeutung ist, und das heutige Recht ihm eine solche Bedeutung beilegen kann, ohne jedoch rückwirkend zu sein [3]). Hat umgekehrt unter einem früheren Gesetz eine Ersitzung begonnen, das Recht des B. G. B läßt aber eine solche nicht zu, so kann die ursprünglich

[1]) Es kann sich beispielsweise auch um eine „Verjährung durch Besitz" nach dem preuß. A. L. R. handeln, sofern nur ein der Ersitzung dem Wesen nach gleichartiges Institut in Frage steht.

[2]) Die Folgerungen aus diesen Sätzen bieten an Hand der bei Habicht, S. 440 angeführten Beispiele keine Schwierigkeiten.

[3]) Vgl. Motive zum E. G. B. G. B., S. 254.

begonnene am 1. Januar 1900 überhaupt nicht mehr vollendet werden [1]). Hemmung und Unterbrechung sind, wenn sie unter dem früheren Recht entstanden sind, nach diesem und, liegen sie noch unter dem Recht des B. G. B., nach letzterem zu beurteilen [2]).

Auf eine Ersitzung oder einen ihr dem Wesen nach gleichstehenden Rechtserwerb, der sich bereits vor dem Inkrafttreten des B. G. B. vollendete, bleibt das neue Recht ohne Einfluß. So ergibt es der auch im heutigen Bürgerlichen Recht geltende Grundsatz, daß Gesetze keine rückwirkende Kraft haben und erworbene Rechte von ihnen unberührt bleiben [3]).

III. Erfordernisse.

1. Eigenbesitz.

Die Ersitzung will, indem sie das Eigentum verschafft, den die lange Zeit hindurch unangefochten fortdauernden Tatbestand der Ausübung des Eigentums rechtlich sanktionieren. Aus dieser ihrer Funktion, das Tatsächliche in ein Recht umzuwandeln, läßt sich auch das Erfordernis des Eigenbesitzes in § 937 Abs. 1 erklären und zwar nach zweierlei Richtungen hin.

Einmal — so mag geltend gemacht werden — rechtfertigt sich, rein äußerlich betrachtet, die Anforderung des Gesetzes, daß die äußere Sachlage dem

---

[1]) So die Ersitzung von anderen Rechten als des Eigentumes bezw. Nießbrauches; vgl. z. B. §§ 507, 596—600 I, 9 A. L. R. und Goldmann-Lilienthal § 18 Anm. 8.

[2]) Vgl. das Beispiel bei Habicht, S. 440.

[3]) Siehe darüber Motive I S. 21.

werdenden Recht möglichst vollkommen entspricht. Nach außen hin muß der Anschein des Eigentums des Ersitzenden gegeben sein: Er muß die Sache wie ein Eigentümer „als ihm gehörend" besitzen. Zum anderen muß aber auch, nach der subjektiven Seite hin, der Erwerber das Eigentum überhaupt haben wollen [1]). Es würde dem allgemeinen Rechtsempfinden unverständlich erscheinen, wollte das Gesetz jemandem das Eigentum an einer Sache zusprechen, an der er kein sachliches Interesse hat, die er überhaupt nicht haben will, denn: beneficia non obtruduntur. Auch aus diesem Grunde und weil, wie schon wiederholt bedeutet wurde, die Redlichkeit des Erwerbers gefordert wird, es aber logischerweise unvereinbar ist, daß jemand sich im guten Glauben an sein Eigentum befindet, den Besitz der Sache dagegen nicht zu eigenem, sondern unter Anerkennung des höheren Rechtes eines Dritten ausübt, auch deshalb muß der Ersitzende die Sache wie ein Eigentümer haben wollen, sie „als ihm gehörend" besitzen.

Diese Erwägung aber, weshalb das Gesetz zur Ersitzung den Eigenbesitz des Erwerbers verlangt, leitet zugleich zu der vielumstrittenen Frage über, was der § 872, der vom Eigenbesitz handelt, darunter verstanden wissen will, wenn er definiert: Wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist Eigenbesitzer. Denn gerade auf der ausschließlichen Betonung des objektiven Momentes auf der einen und des subjektiven auf der anderen Seite beruht im wesentlichen der Gegensatz in den Meinungen über den Begriff des Eigenbesitzes.

---

[1]) Endemann II S. 539 unter Ziff. a: „Denn der Grundgedanke der Ersitzung ist: durch den Zeitablauf soll das Vertrauen, das jeder auf die zu eigener Herrschaft ausgeübte Besitzmacht setzen darf, durch Beilegung des vollen Rechtes bestätigt werden".

An der Spitze derer, welche auf die objektive Sachlage den entscheidenden Wert legen, steht Otto Fischer[1]) mit der Erläuterung: „Es genügt der, meistens ohne weiteres anzunehmende äußere Schein des Eigentums. Subjektive Erfordernisse, wie . . . . . animus domini bestehen nicht. Selbst durch den Mangel des animus domini wird der Eigenbesitz nicht notwendig ausgeschlossen". Desgleichen hebt Dernburg[2]) hervor: „Es genügt, daß man die Stellung eines Eigentümers einnimmt", und berührt das Willenserfordernis mit keinem Wort. Auch Cosack[3]) will ausschließlich die Art und Weise entscheiden lassen, „wie die Herrschaft des Besitzers sich tatsächlich gestaltet".

Gegenüber der in diesen Sätzen enthaltenen Objektivitätstheorie hat Manigk zu wiederholten Malen[4]) den Nachweis unternommen, daß sich bei der Bestimmung des Begriffes von Eigenbesitz das subjektive Moment, der Wille des Besitzers, die Sache wie eine eigene, wie ein Eigentümer zu haben, als das wesentliche Merkmal nicht ausschalten läßt. Jenes entgegengesetzte Bestreben auf Seiten der Gegner führt er vorwiegend darauf zurück, daß man den Beweis des Willens für unmöglich, zum mindesten für überaus schwierig hält[5]). Dieses letztere Argument wurde unter anderen bereits in der Lehre vom Besitz allgemein zum ersten Mal von Baron[6]) in Übereinstimmung mit Jhering

[1]) Fischer-Henle Anm. 1 zu § 872.

[2]) Dernburg III § 12 Ziff. 2.

[3]) Cosack II § 185 Ziff. V, 4, wogegen er sich zum I. Entwurf des B. G. B. gutachtlich dahin geäußert hatte, man solle als „Eigenbesitzer" „den Besitz mit dem Eigentumswillen" bezeichnen (Zusammenstellung d. gutachtl. Äuß., S. 30).

[4]) Manigk, Anwendungsgebiet, in Leonhard's Studien S. 108ff. u. 128 ff.; derselbe, Eigenbesitz, im Arch. f. bürgerl. R. S. 316 ff.

[5]) Manigk, Anwendungsgebiet S. 111; derselbe Eigenbesitz S. 321.

[6]) Baron in Jhering's Jahrb. 29, S. 212 ff. und 232 ff.

gegenüber der Willenstheorie Savigny's geltend gemacht; Jhering selbst bezeichnet das Verlangen nach dem Beweis des animus domini als geradezu sinnlos, die Willenstheorie erleide an der Beweisfrage kläglich Schiffbruch. Und dieser Standpunkt Jhering's, so meint Auerbach[1]), sei auch hinsichtlich des Eigenbesitzes gegenüber einer Willenstheorie zu vertreten.

Gewiß ist zuzugeben: Das tatsächliche Vorhandensein des inneren Willens ist des Beweises nicht fähig. Rein psychologische Vorgänge im Inneren eines Menschen sind einer Kenntnisnahme durch Andere entzogen; das geht über menschliches Können hinaus. Immer nur kann von äußeren Tatsachen auf den inneren Willensentschluß zurückgeschlossen werden, dies nicht mit unfehlbarer Gewißheit, aber doch mit einer an diese nächstmöglich angrenzenden Wahrscheinlichkeit. Wohl ist die Grundlage der Rechtsprechung insofern eine mangelhafte; nach beiden Richtungen kann das Ergebnis von der Wirklichkeit abweichen, sei es, daß auf Grund der äußeren Tatsachen ein Willensentschluß, der in der Tat vorhanden war, als nicht vorhanden, sei es, daß umgekehrt ein nicht vorhandener Wille als vorhanden angenommen wird. Denn die Schlußfolgerung von dem äußeren Vorgang auf den inneren beruht niemals auf logischer Notwendigkeit. Und selbst der Parteieid vermag insofern kein unfehlbares Beweismittel zu bieten; der Richter vermag nicht in das Innere des Menschen zu schauen, mit dem er zu tun hat. Daß aber diese natürliche Unvollkommenheit in der Beweisführung eine Ausschaltung des Willensmomentes aus dem Tatbestande des Eigenbesitzes nicht rechtfertigen kann, dafür spricht das Gesetz selbst, indem es auch

---

[1]) Auerbach S. 28. Gegen ihn richten sich hauptsächlich die Erörterungen Manigk's über die Voraussetzungen des Eigenbesitzes im Arch. für bürgerl. Recht a. a. O.

in zahlreichen anderen Fällen den Beweis von inneren Vorgängen notwendig macht, wie den Nachweis des guten Glaubens, der Kenntnis, und schließlich auch des Willens selbst im Falle der Divergenz von Wille und Erklärung oder zur Erforschung des wirklichen Willens bei Auslegung einer Willenserklärung an Hand des § 133 [1]). Andererseits aber wird jenem Einwande gegenüber eingeräumt werden müssen, daß aus natürlichen Gründen nur derjenige Wille des Eigenbesitzers sich feststellen läßt, für dessen Vorhandensein den äußeren Umständen nach die größere Wahrscheinlichkeit spricht. Der auf Grund äußerer Tatsachen zurückgeschlossene Wille ist Wille im Rechtssinne; er wird in den weitaus meisten Fällen dem in Wahrheit vorhandenen, wenn auch nicht notwendig, entsprechen [2]).

Wenn Auerbach [3]) daraus, daß die Vorschriften im II. Entwurf des B. G. B. über den Besitz im allgemeinen einen vollständigen Bruch mit der Lehre von animus domini bedeuteten, — eine überdies höchst bestrittene Prämisse [4]) — die Folgerung zieht, Gleiches werde für den Eigenbesitz zu gelten haben, so fehlt für diesen Schluß der nötige Untersatz, nämlich, daß der Eigenbesitz auch begrifflich der allgemeinen Besitzlehre einzugliedern ist, was gerade von gegnerischer Seite

[1]) Manigk (Anwendungsgebiet, S. 135 u. Eigenbesitz, S. 321) verweist auch zur Analogie auf das Strafrecht, woselbst der dolus des Delinquenten sicherlich eine Tatsache sei, von deren Vorhandensein die Qualifizierung des Deliktes abhänge.

[2]) Vgl. dazu Kniep: § 10 und § 20.

[3]) S. 13 und 14.

[4]) Siehe u. a. „Beitrag zur Lehre vom Besitzbegriff" von Colberg (Bonn 1908), woselbst unter ausführlicher Begründung für die allgemeine Besitzlehre an dem Willenserfordernis festgehalten wird. Ferner: Endemann II S. 175 ff.; Gierke, Fahrnisbesitz, S. 4 Anm. 4.

verneint wird [1]). Auch stehen die Materialien [2]) hierzu in Widerspruch [3]). Ebensowenig legt der Umstand, daß in den Beratungen der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs verschiedentlich über den animus domini bei dem Eigenbesitz ausdrücklich verhandelt wurde, in die endgültige Fassung des Gesetzbuches aber die schon dort gleichfalls vorgeschlagene Formulierung „als ihm gehörig besitzt" [4]) übergegangen ist, die Annahme nahe, man habe tatsächlich beabsichtigt, das Willenserfordernis zu beseitigen [5]). Vielmehr kann gerade umgekehrt geschlossen werden, daß man es für unzweifelhaft hielt, in dem „als ihm gehörend" des § 872 sei das Willenserfordernis hinreichend zum Ausdruck gebracht. So findet sich auch in den Protokollen (III S. 227): „Die Vorschrift über den Erwerb des Eigenbesitzes lasse sich einfach dahin fassen: Wer eine Sache als ihm gehörend in Besitz hat, ist Eigenbesitzer. Aus dieser Begriffsbestimmung ergebe sich

[1]) Manigk, Anwendungsgebiet S. 128 und 137: „Infolge des Willenserfordernisses scheidet er aus dem Begriff des Besitzes als besonderer Genus aus", ... „ist keine Spezies des Besitzes". Siehe auch Biermann Erl. 2 zu § 872.

[2]) Protokolle III S. 219, 227, 229; Denkschrift zu dem Entwurf: S. 212, 215.

[3]) Auch die bei Auerbach (S. 1) gegebene, weiter zurückgehende geschichtliche Entwicklung des Eigenbesitzbegriffes vermag der gegnerischen Ansicht keine Stütze zu bieten. Daß der Eigengewere allein objektive Merkmale, nicht eine Willensrichtung, wesentlich wären (S. 5), wird von anderer Seite gleichfalls in Abrede gestellt. Die Behauptung aber, der Eigenbesitz des B. G. B. sei lediglich auf deutschrechtlicher Grundlage aufgebaut, ist unbewiesen und überdies von Auerbach selbst an anderer Stelle (S. 19) entkräftet, wo er dem römischen Recht gleichen Einfluß wie dem deutschen Recht zugesteht (siehe Manigk, Eigenbesitz S. 318). — ähnlich wie Auerbach: Friebe S. 64 ff.

[4]) § 793 im II. Entwurf enthielt die gleichbedeutende Fassung „als ihm gehörig".

[5]) So jedoch Knauth S. 12.

alsdann von selbst, daß der Eigenbesitz verloren gehe, wenn der Besitzer den Besitz verliere oder den Willen aufgebe, die Sache als die seinige zu haben.

Die von Fischer[1]) gegebene, von Auerbach[2]) übernommene Begriffsbestimmung, der Eigenbesitz sei „Besitz zum Zwecke der Ausübung des Eigentums", abstrahiert aber durchaus nicht von der auch den Materialien zu entnehmenden Auffassung. Wie sehr auch Auerbach bemüht ist, aus dieser Definition das Subjektive fernzuhalten[3]), sie kann dem allgemeinen Sprachempfinden nach nicht anders als dahin verstanden werden, als daß der Besitzer es ist, der seinem Besitz die betreffende Zweckrichtung gibt, daß er die Absicht, den Willen haben muß, das Eigentum auszuüben[4]). So lange der Besitzer bei Ausübung des Besitzes diesen Zweck verfolgt, hat freilich auch der Besitz diesen „Zweck"; ändert der Besitzer aber diesbezüglich seine Absicht und übt er den Besitz nunmehr etwa zum Zwecke der Ausübung eines Nutzungsrechtes aus, so hat auch der Besitz jetzt ohne weiteres nicht mehr den Zweck der Ausübung des Eigentumsrechtes, sondern des Nutzungsrechtes; immer ist der Wille des Besitzers das Ausschlaggebende.[5])

---

[1]) Fischer-Henle Anm. 1 zu § 872; vgl. auch Anm. 5 zu § 955 ebenda.

[2]) Auerbach S. 16 ff., 21 ff.

[3]) Siehe u. a. S. 22: „Der Besitz muß also, um Eigenbesitz zu sein, den Zweck haben, das Eigentum auszuüben"! Wohl der Besitzer und nicht der Besitz übt das Eigentum aus.

[4]) Vgl. dazu Manigk, Anwendungsgebiet S. 108; Eigenbesitz, S. 318 und 319. Planck, der gleichfalls in dem Willen das Essentiale des Eigenbesitzes sieht (Anm. 2 b zu § 872) erläutert dementsprechend (Vorbem. 3 a. E. zu §§ 854 ff.): „Für den Begriff des Eigenbesitzes bildet der Zweck das unterscheidende Merkmal".

[5]) Nach Auerbach (S. 21) würde in diesem Falle der Besitzer „die Absicht" haben, das Nutzungsrecht auszuüben, der Besitz hingegen, weiterhin „den Zweck" der Ausübung des Eigentums-

Daß Dernburg von seiner Erklärung, es genüge, daß man die Stellung eines Eigentümers einnehme, verschiedentlich selbst abzuweichen scheint, ist anderwärts [1]) bereits erörtert worden.

Wie Auerbach dahin gelangt, die Frage, ob Eigen- oder Fremdbesitz vorliege, richte sich hauptsächlich nach der dem Besitzverhältnis zugrunde liegenden causa [2]), so findet sich ähnlich in einer jüngeren Arbeit [3]) das Ergebnis, der Charakter des Besitzers bestimme sich allein nach der causa possessionis: Stehe der Besitzer zu einem Anderen in dem durch den § 868 bezeichneten Verhältnisse, so sei er Fremdbesitzer, in allen anderen Fällen Eigenbesitzer [4]). Der Unzuläng-

---

rechts! Vgl. übrigens hierzu den Passus in § 97: „Dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache zu dienen bestimmt", und hierzu Staudinger I Anm. 2 und Hölder I Anm. 1 d zu § 97.

[1]) Manigk, Anwendungsgebiet S. 108—111. Siehe ferner Dernburg § 17 Ziff. 4 b a. E., wo er den Eigenbesitzerwerb eines Geschäftsunfähigen davon abhängig macht, daß sein natürlicher „Wille es ermöglicht, daß er eine Sache als ihm gehörend besitzt".

[2]) S. 22.

[3]) Höpker-Aschoff: Besitzwille und Eigenbesitz (Diss. 1907) S. 80.

[4]) Die Begründung zu dieser Auffassung wird im wesentlichen aus den beiden Sätzen hergeleitet: „nemo sibi ipsi possessionis causam mutare potest" und „die Besitzübertragung durch abstraktes constitutum possessorium ist ausgeschlossen". Ohne Zweifel kann der letztere Satz dem Grundgedanken des § 868 entnommen werden und ist er auch durch Entscheidungen (R. G. 49 S. 173; J. W. 1903 Beilage S. 80) bestätigt. (Vgl. auch Fischer-Henle Erl. II § 868 a. E.) Durch ein derartiges constitutum possessorium unter gleichzeitiger Herstellung eines Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien wird aber nur Besitz übertragen und dieser Besitz des Erwerbers ist dann mittelbarer Besitz. Daß aber dieser mittelbare Besitz ohne weiteres auch Eigenbesitz ist, davon ist weder etwas aus dem Gesetz herauszulesen, noch gibt jener Verfasser anderweitig Gründe für diese seine doch gerade streitige Behauptung. Gewiß wird normaler

lichkeit der causa als Merkmal zur Unterscheidung, ob der Besitz Eigen- oder Fremdbesitz ist [1]), für ein Besitzverhältnis, das (abgesehen natürlich vom unmittelbaren Besitz des Eigentümers) nicht unter den § 868 fällt, z. B. für den Besitz des Diebes, des Finders [2]), ist sich auch Auerbach offensichtlich selbst bewußt. Denn er fügt weiter hinzu, daß als ferneres Mittel, die Qualifikation des Besitzes nach jener Richtung hin zu bestimmen, das äußere Verhalten des Besitzers in Betracht zu ziehen sei [3]), ohne jedoch klarzustellen, wann das letztere und wann die causa entscheiden soll, sodaß man je nach Empfinden bald das eine bald das andere gelten lassen müßte. Aber auch, wenn es sich um Besitzverhältnisse der in § 868 bezeichneten Art handelt, ist von dem im Vorliegenden vertretenen Standpunkt aus geltend zu machen, daß dann der unmittelbare

---

Weise der mittelbare Besitzer in diesem Falle auch Eigenbesitzer sein. Denkbar ist aber immerhin die Ausnahme, daß er die Sache nicht als ihm gehörend besitzen will, etwa, weil er irrtümlicherweise glaubt, er könnte durch die zugleich erfolgende Eigentumsübertragung kein Eigentum erworben haben. Dann ist er eben kein Eigenbesitzer. — Auch der erstgenannte Satz: nemo sibi ipsi possessionis causam mutare potest enthält nur die Regel, daß der Besitzmittler den Besitz des mittelbaren Besitzers nicht durch einseitigen Willensentschluß aufheben kann. Hierin liegt aber nicht zugleich, daß er nicht durch den animus allein Eigenbesitzer werden könnte (vgl. Binder S. 57 Anmerk.). Auch hier zieht jener Verfasser aus einer zunächst unbewiesenen einseitigen Meinung einen zwingenden Schluß auf die Rechtsnatur des Eigenbesitzes.

[1]) Siehe auch Baron, S. 216 2. Abschnitt.

[2]) Nur Wendt (S. 62) nimmt gegenüber der herrschenden Meinung an, daß über dem unmittelbaren Besitz des Finders der mittelbare Besitz des Verlierers stehe, sodaß also, bei Teilung dieser Auffassung, auch für den Besitz des Finders die causa als Begriffsmerkmal für den Eigenbesitz im Sinne obiger Autoren ausreichen würde.

[3]) Auerbach S. 28.

Besitz nicht notwendig identisch mit Fremdbesitz ist, vielmehr der Wille des unmittelbaren Besitzers sich bewußt [1]) oder unbewußt [2]) unter Nichtanerkennung eines besseren Rechts über die causa hinwegsetzen und so der unmittelbare Besitz zum Eigenbesitz werden kann. Und welcher Einfluß auf die Natur des Besitzes als Eigen- oder Fremdbesitz sollte hier dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse noch erhalten bleiben, wenn es selbst fortbesteht, das Besitzverhältnis aber dadurch sich ändert, daß der bisherige Besitzmittler den bisherigen mittelbaren Besitzer von der Möglichkeit der Besitzausübung tatsächlich ausschließt [3])?

Selbst eine Einschränkung der von Fischer und Dernburg gegebenen Erklärungen über den Eigenbesitz dahin, daß nicht schlechthin „der äußere Anschein des Eigentums", „die Stellung eines Eigentümers" genüge, sondern dieser objektive Zustand durch den Besitzer selbst bewußt hergestellt und erhalten sein müsse, Eigenbesitz also nur vorliege, wenn der Besitzer die Sache „faktisch wie eine eigene behandele" [4]),

[1]) Die bewußte Nichtanerkennung des besseren Rechtes würde sich strafrechtlich als Unterschlagung darstellen.

[2]) Etwa der Erbe des Besitzmittlers glaubte, der Erblasser sei Eigentümer gewesen.

[3]) Siehe oben.

[4]) Siehe Knauth: Die Bedeutung des Eigenbesitzes nach dem bürgerlichen Recht (Diss. 1906) S. 13 ff. Knauth beruft sich auch auf eine Erläuterung bei Gierke (S. 4 Anm. 4) über die heutige Bedeutung des „animus" in der allgemeinen Besitzlehre: Der Umstand, daß er als selbständiges Begriffsmerkmal entfernt sei (§ 854, § 856 B. G. B.), bedeute keine Streichung des Willenselements. Tatsächliche Gewalt „erlangen" und „aufgeben" könne man nur durch ein mit Willensinhalt erfülltes Handeln. Wie anders als aus Willensrichtung solle auch erkannt werden, ob . . . . . „Eigenbesitz" nach § 872 vorliege? — Daß Gierke hier die Bedeutsamkeit des Willens hervorheben will und nicht, wie Knauth (S. 15) anzunehmen scheint, auf das

dürfte die Lösung der Streitfrage nicht bieten. Denn es ist schon vom praktischen Standpunkt aus einer solchen Auffassung das Bedenken entgegen zu halten, daß sich häufig von dem Verhalten des Besitzers weder sagen lassen wird, es stelle sich als eine „eigentumsgleiche" Behandlung der Sache dar, noch das Gegenteil.

Nicht zum geringsten aber stellen sich die Gegner dadurch, daß sie die Möglichkeit eines Eigenbesitzes ohne einen entsprechenden Willen des Besitzers anerkennen, in Widerspruch zu dem allgemeinen Grundsatz, daß niemandem ein mit Vorteilen und Nachteilen

---

Handeln des Besitzers den entscheidenden Wert legt, möchte unverkennbar sein.

Ferner führt Knauth (S. 14) aus: Zwar sei in der Fassung des § 872 unleugbar das subjektive Moment zum Ausdruck gebracht und darum das von Fischer aufgestellte Kriterium unzureichend, aber dieser Wille sei ebenso, wie in der Wortverbindung „als Nießbraucher usw. . . . . besitzt" des § 868 die Forderung eines besonderen rechtlich bedeutsamen Willens ganz allgemein nicht gefunden werde, auch hier nicht ein rechtserheblicher, sondern nur ein „natürlicher" Wille. — Abgesehen davon, daß die Analogie mit § 868 weder dem Inhalte, noch dem Wortlaut beider Paragraphen nach angängig sein dürfte, verweist Knauth zur Begründung auf den weiteren Satz bei Gierke an gleicher Stelle: Der Wille komme in Betracht „ohne Rücksicht auf seine juristische Qualifikation". Mit letzterem meint Gierke ganz offenbar, der „natürliche" Wille genüge, m. a. W. die Fassung des entsprechenden Willensentschlusses sei kein Rechtsgeschäft. Dies geht bei Gierke auch aus dem unmittelbar Folgenden hervor, wonach aus besagtem Grunde auch Geschäftsunfähige relativ zu diesem Willen fähig sein sollen. Davon aber, daß dieser Wille nicht rechtserheblich sei, ist nichts gesagt. Der natürliche Wille kann sehr wohl rechtserheblich, d. h. der Eintritt einer Rechtswirkung durch sein Vorhandensein bedingt sein (s. z. B. Crome III § 344 Anm. 4 bezüglich des Willens beim Eigenbesitz); nur das Erfordernis eines „rechtsgeschäftlichen" Willens (siehe Cosack III § 186 Ziff. VI) wird von Gerke geleugnet. In den von Knauth vorgebrachten Gründen möchte demnach sein Angriff auf die subjektive Theorie über den Eigenbesitz keine Rechtfertigung finden.

(z. B. Haftung aus § 836) verbundenes subjektives Recht [1]) aufgedrungen werden kann [2]).

In der Literatur überwiegt denn auch die Meinung von der Souveränität des Willens im Tatbestande des Eigenbesitzes [3]), auch das Reichsgericht ist ihr in einer Entscheidung (Bd. 54, S. 135) beigetreten. Und gerade bei der Ersitzung muß der Besitzer den Eigentumswillen haben, insofern hier der gute Glaube des Besitzers erfordert wird. Es ist nicht denkbar, daß er die Überzeugung habe, Eigentümer einer Sache zu sein, ohne daß er zugleich den Willen hat, sie als seine eigene, „als ihm gehörend" zu besitzen. Aus diesem Grunde war die Forderung des Eigenbesitzes im Gesetz bei der Ersitzung schon eine logisch notwendige [4]).

Nicht dagegen wird es zu seinem Begriff noch weiter gehören, daß dieser Wille auch kundgegeben ist.[5]) Ohne

[1]) Siehe unten Anm. 71.

[2]) Die Anwendung dieses, auch in den Motiven (III S. 116) erwähnten, Prinzips hält Endemann (II S. 176) selbst auf den bloßen Besitz für geboten. — Eine Ausnahme, der zufolge ungewollter Besitzerwerb erfolgen kann, enthält § 857.

[3]) Außer den bereits Angeführten (Manigk, Planck, Gierke): Staudinger und Biermann Erl. zu § 872; Matthiass II e 2; Crome III § 344; Endemann II § 55; Goldmann-Lilienthal II § 1 Ziff. 5; Enneccerus-Lehmann II § 19; Maenner § 19 Anm. 11; Strohal, Sachbesitz, § 2; Kniep S. 17 und Engelmann § 166.

[4]) Siehe S. 40. Was sollte dagegen den Gesetzgeber bewogen haben, dem Besitzer ohne, möglicherweise auch gegen seinen Willen den Eigenbesitz deshalb zuzuerkennen, weil allein der äußere Anschein des Eigentums gegeben ist?

[5]) A. M. Planck (Erl. 3 a und Staudinger Erl. 5 a zu § 872), jedoch ohne nähere Begründung. Crome (III § 347) verlangt eine Erklärung nur für den Entschluß, den Eigenbesitz aufzugeben, also für den Fall seines Verlustes solo animo. Manigk (S. 141) dagegen hält eine Erklärung des Willens nur dann für geboten, wenn bei dem Eigenbesitzerwerb eine fremde Rechtssphäre betroffen wird (vgl. auch des näheren daselbst S. 33 u. 39), die Erklärung unter anderem bei dem Eigenbesitzerwerb des Diebes für entbehrlich (S. 143), da die Diebstahlshandlung keine

daß es einer solchen Kundgebung bedarf, liegt der Wille bereits vor in dem Augenblick, wo sich der Besitzer in seinem Innern entschlossen hat, die Sache nunmehr als seine eigene zu haben, und ist von diesem Moment an ebenso rechtserheblich, wie andere innere Tatsachen, etwa guter Glaube oder Kenntnis, die auch nicht erst durch Handlungen in die Außenwelt zu treten brauchen, um rechtlich bedeutsam zu sein. Wird eine Kundgebung des Willens aber in Hinsicht auf die Frage der Beweisbarkeit verlangt, so ist freilich zu bedenken, daß, wie oben in Kürze darzulegen versucht wurde, nur immer ein wahrscheinlich vorhandener Wille feststellbar ist. Diese Unvollkommenheit in der Beweisführung wird aber auch nicht durch das Hinzufordern der Kundgebung des Willens behoben, da der kundgegebene Wille mit dem wahren Willen nicht notwendig übereinzustimmen braucht, wenn eine solche Divergenz aber behauptet wird, doch, wofern an der Willenstheorie festgehalten werden soll, auf den nichtkundgegebenen Willen als das Primäre zurückzugehen ist. Die für die Willens*erklärungen*, bei welchen freilich die Erkennbarkeit des Willens nach außen hin begriffsnotwendig ist, geltenden Sätze dürfen eben hier nicht ohne weiteres herangezogen werden.

Desungeachtet wird normalerweise der Wille des Besitzers tatsächlich erkennbar sein, genauer: es wird sich aus jenen objektiven Umständen wie dem äußeren Anschein oder dem Verhalten des Besitzers mittelbar

---

fremde Rechtssphären berührenden rechtsgeschäftlichen Folgen habe, die Rechtslage unverändert bleibe. Entsprechend wird Manigk auch für die Fälle des Eigenbesitzerwerbes, die für die Ersitzung das Anwendungsgebiet ausmachen, keine Erklärung des Eigenbesitzwillens verlangen, insofern hier ja gerade die Ersitzung Platz greift und nur Platz greifen kann, weil ursprünglich die Rechtslage dieselbe geblieben war. — Siehe ferner Biermann Erl. 1 zu § 872.

auf den Willen zurückschließen lassen, und dieser im Wege richterlicher Schlußfolgerung erforschte, als wahrscheinlich anzunehmende Wille wird sich mit dem in concreto vorhandenen Willen decken. Die derzeitige Erkennbarkeit des Willens ist jedoch eben nur für die prozessuale Erweislichkeit von Bedeutung und bildet kein Tatbestandsmerkmal, das, wenn auch bereits der Nachweis des inneren Willens erbracht wäre, noch selbständig des Beweises bedürfte. In Sonderheit wird sich in den für die Ersitzung hauptsächlich in Betracht kommenden Fällen, in welchen ursprünglich ein unwirksamer oder anfechtbarer Akt des Eigentumserwerbes vorliegt, aus diesem der Eigentumswille des Besitzers beim Besitzerwerb mit einer der Gewißheit nahekommenden Wahrscheinlichkeit herleiten lassen, zu welchem Behufe also der Beweispflichtige genötigt ist, zum Nachweis der Art seines Besitzes auf jenen ursprünglichen Titel zurückzugehen. Regelmäßig wird auch andererseits, wenn der Besitzer in einem dem Besitzverhältnis zugrunde liegenden Rechtsverhältnis zu einem mittelbaren Besitzer steht, der Wille des unmittelbaren Besitzers dieser causa possessionis entsprechend kein Eigentumswille sein. War aber ein Titel nicht vorhanden, ist er nicht mehr nachzuweisen oder wird behauptet, daß die nunmehrige Schlußfolgerung auf Grund dieses derzeitigen Titels oder auf Grund des damaligen Verhaltens des Besitzers, des äußeren Anscheins die Wahrheit nicht treffe, oder daß ein der causa possessionis widersprechender Eigentumswille vorhanden gewesen sei [1]) — versagen mithin alle diese Indizien, so verbleibt

---

[1]) Ein gutgläubiger beispielsweise, wenn der unmittelbare Besitzer die geliehene oder gemietete Sache zufolge einer Verwechslung als seine eigene betrachtet oder die Sache sich im Nachlaß seines Erblassers befand und man nicht weiß, wie sie diesem zugekommen ist.

für diesen, gewiß überaus seltenen Fall der Parteieid als Surrogat. Freilich ist dieses äußerste Mittel für den Nachweis des Eigentumswillens nur in der Form des richterlichen, nicht des zugeschobenen Eides anwendbar, da nach § 445 C. P. O. die Eideszuschiebung von seiten des Besitzers über die innere Tatsache seines Willens an den Gegner nicht zulässig wäre.

Denn daß derjenige, der den Eintritt der Ersitzung zu seinen Gunsten behauptet, allgemeinen Rechtsgrundsätzen zufolge seinen Eigenbesitz beweisen muß, ergibt sich deutlich aus der Fassung des § 937 Abs. 1, in welchem der Eigenbesitz zur besonderen Normvoraussetzung geprägt ist. Auch in den Materialien [1]) findet sich unter vorhergehender Begründung hervorgehoben, das Erfordernis des Eigenbesitzes bilde die erste und wichtigste Voraussetzung für die Ersitzung und könne deswegen nicht, wie der gute Glaube des Ersitzenden, zur Exzeption gestellt werden [2]). Demgegenüber ist nicht abzusehen, warum D e r n b u r g [3]) unter Hinweis auf eine Sonderbestimmung des code civil [4]) doch annimmt, das Gesetz habe die Beweislast entgegengesetzt dahin regeln wollen, daß der Besitzer bis zum Nachweis des Gegenteils als Eigenbesitzer gelte, es sei jedoch schwierig gewesen, diese Regelung im Wortlaut des Gesetzestextes zum

[1]) Protokolle II S. 229, 230.

[2]) So auch Staudinger Anm. 1 a zu § 937 u. Cit.; Endemann II § 30 unter Ziff. 2 a; Matthiass II § 20; Maenner § 25, 2; Hachenburg S. 185.

[3]) Dernburg III § 106 Ziff. II, 1, § 12, 2.

[4]) Art. 2230: on est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé, qu'on a commencé à posséder pour un autre. Mit gleichem Recht könnte vom entgegengesetzten Standpunkt aus der § 627 A. L. R. I, 9 herangezogen werden, welcher ausdrücklich den „Nachweis, daß der Verjährende die Sache als seine eigene in Besitz genommen und besessen habe", für notwendig erklärt.

Ausdruck zu bringen [1]). Wird eine Vermutung für den Eigenbesitz des Besitzers aus der nach § 1006 zugunsten des Besitzers geltenden Eigentumsvermutung abgeleitet [2]), so ist einzuwenden, daß zwar die Eigentumsvermutung durch die Feststellung widerlegt werden kann [3]), daß der Besitzer nicht Eigenbesitzer ist, hieraus aber nicht die Folgerung gezogen werden darf, das Eigentum werde vermutet, weil jeder Besitzer bis zum Nachweis des Gegenteils als Eigenbesitzer gelte, da die Vermutung des § 1006 zunächst auch für den gilt, der nicht Eigenbesitzer ist. Hinzu kommt, daß eine solche Vermutung für den Eigenbesitz bei der Mehrzahl der für die Ersitzung in Betracht kommenden Fälle, nämlich denen, bei welchen es sich um abhanden gekommene Sachen handelt,[4]) nicht zur Anwendung gelangen könnte [5]). Nur das Gesetz hat die Kraft, Rechtsvermutungen aufzustellen. Und selbst, wenn eine Unklarheit in der Fassung des § 937 zu einem Zweifel berechtigen würde, ist weiterhin aus der Bestimmung des § 938 [6]) zu schließen, daß derjenige, der sich auf den Besitz als Eigenbesitz beruft, dies zu beweisen hat [7]). Denn anderenfalls würde es genügt haben, die Ver-

---

[1]) S. 359: „Es wäre nicht leicht gewesen, das Erfordernis des Eigenbesitzes negativ zu fassen. Das erklärt genugsam die vorliegende Formulierung.“ — Warum hätte nicht etwa in Abs. 1 der Besitz als Erfordernis aufgestellt und in Abs. 2 eingefügt werden können: „Die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn der Erwerber nicht Eigenbesitzer war . . . .“?

[2]) So Fischer-Henle § 872 Erl. 1; Goldmann-Lilienthal II § 19 Anm. 32.

[3]) Vgl. Gierke, S. 24

[4]) Siehe oben S. 18.

[5]) Siehe § 1006 Abs. 1 Satz 2. Goldmann-Lilienthal a. a. O. will ohne weiteres die Eigenbesitzvermutung auf diese ausdehnen.

[6]) „Hat jemand eine Sache am Anfang und am Ende eines Zeitraums im Eigenbesitz gehabt, so wird vermutet, daß sein Eigenbesitz auch in der Zwischenzeit bestanden habe“.

[7]) Vgl. Matthiass II § 20 Anm. 4.

mutung in § 938 für den bloßen Besitz zu geben. Man hätte sie sogar gänzlich fallen lassen können, insofern als stehende Rechtssprechung anzusehen ist, daß der in einem früheren Zeitpunkte erwiesene Besitz als fortdauernd gilt, bis seine Aufhebung durch Eintritt eines entgegengesetzten Zustandes angenommen werden muß.[1]) Vom praktischen Gesichtspunkt aus muß man jedoch dazu gelangen, daß der Nachweis des Eigenbesitzes, und zwar auch für Anfang und Ende der Ersitzungszeit (§ 938) sich dann erübrigt, wenn die in Abs. 2 des § 937 enthaltene Vermutung für den guten Glauben, Eigentum erworben zu haben, unwiderlegt geblieben ist. Denn der letztere läßt bereits unfehlbar den Rückschluß zu, daß der Besitz, sofern er überhaupt während der Ersitzungszeit vorlag, Eigenbesitz war[2]).

Eben darum ist aber auch der Wille des Eigenbesitzers auf das Eigentumsrecht an der Sache gerichtet und nicht nur auf „die dem Inhalte des Eigentums entsprechende Stellung zur Sache“[3].) Hat der

---

[1]) „Olim possessor, hodie possessor“ gilt also, wenigstens als allgemeiner Erfahrungssatz, auch für den bloßen Besitz. Vgl. O. Trib. Bd. 17 S. 3; Jur.-Wochenschr. 1880, S. 154: „Es gilt die Vermutung der Fortdauer des Besitzes bis zum Beweise der geschehenen Aufhebung derselben zwar nicht als eine gesetzliche, den Richter unter allen Umständen bindende, wohl aber als eine faktische, der freien Würdigung des Richters nach den Umständen des Falles unterliegende Präsumtion.“ Siehe auch Fischer-Henle, Erl. 2 zu § 938. Vgl. hierher die Begründung der Aufnahme des § 938 in den Motiven III S. 353.

[2]) Nach dem oben S. 42 zu Note 37 Gesagten. — Wird mithin die Frage nach dem zur Ersitzung erforderlichen guten Glauben vor der Frage, ob der Besitz Eigenbesitz ist, zum Gegenstand der streitigen Verhandlung gemacht, so ist mit Abschluß der über die erstere erhobenen Beweisaufnahme in jedem Falle der Rechtsstreit entschieden.

[3]) So Planck III § 872 Erl. 2, b. —

Wie im Text auch Staudinger Erl. 2 zu § 872 u. Cit.; Goldmann-Lilienthal II § 1 Ziff. 5; Mathiass II § 2 Ziff. 2, a; Strohal

Besitzer die Überzeugung, Eigentümer der Sache zu sein, so ist auch sein sachbezüglicher Wille der, Eigentümer zu sein und nicht nur ein Wille, die Sache in das dem Eigentumsrecht entsprechende tatsächliche Verhältnis zu sich zu bringen und sich künftig zu ihr so zu verhalten, wie sich ein Eigentümer zu ihr verhält. Wollte das Gesetz allgemein den Willen des Eigenbesitzers nach der von Planck bedeuteten Richtung hin aufgefaßt wissen, so durfte es in § 937 den Ausdruck „Eigenbesitz" nicht brauchen, da hier der Wille unzweifelhaft auf das Eigentumsrecht geht, nicht auf etwas bloß Faktisches. Der gutgläubige Besitzer hat den gleichen Willen, das gleiche Bewußtsein wie der Eigentümer, der alleinige Unterschied in der objektiven Rechtslage, nämlich, daß ersterer infolge ihm unbekannter Mängel, ohne es zu wissen, nur die Stellung eines Eigentümers hat, hat auf die Identität des Willens keinen Einfluß.[1]) Aber auch der, vorliegend allerdings außer Betracht bleibende bösgläubige Besitzer hat, trotz des gegenteiligen Bewußtseins den animus domini, er will, wenn auch unter Umgehung des Rechtsweges, sich an die Stelle des Eigentümers setzen, er will „mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen" (§ 903), mithin das, was juristisch Eigentum genannt wird. Hätte er diesen Willen nicht, sondern nur einen im Verhältnis zum Eigentumserwerb abge-

---

Sachbesitz: § 2 Ziff. 1; teilweise abweichend Crome III § 344 Anm. 4, auch Cosack (II § 202) nimmt beispielsweise an, daß bei der Aneignung der Erwerber „nur den Erwerb des Eigenbesitzes, nicht auch den des Eigentums gewollt zu haben braucht".

[1]) Bei bloßer Anfechtbarkeit des ursprünglichen Übertragungsgeschäftes (s. oben S. 19) ist für den Eigenbesitzer selbst die objektive Rechtslage keine andere als die des Eigentümers, bis ihm gegenüber nach 10 Jahren mit der gesetzlichen Wirkung ex tunc tatsächlich angefochten wird und er genötigt ist, sich auf seinen bis dahin gutgläubigen Eigenbesitz zu berufen.

schwächten, so wäre er kein Dieb [1]), es ließe sich seine Handlung vielleicht als eine dolos verübte verbotene Eigenmacht bezeichnen.

Anders aber, als der bösgläubige, der in bewußtem Widerspruch zur Rechtsordnung das Recht des Eigentümers ausüben will, hat der gutgläubige Besitzer den Willen, gerade zufolge Rechtens Eigentümer zu werden bezw. zu sein, es muß sein Wille sich auf das Eigentum als einen rechtlichen Erfolg richten, ein rechtsgeschäftlicher Wille sein, ganz der des Eigentümers, mag auch in Wirklichkeit nur ein ungültiges Erwerbsgeschäft oder der vermeintliche Erwerbsgrund überhaupt nicht, nicht einmal als unwirksamer Tatbestand, vorgelegen haben [2]), und das Recht in dem gutgläubigen Eigenbesitz eine Rechtsstellung zuerkennen, welche notwendig weder vom Besitzer gewollt, noch ihm bewußt ist.

Dieser Wille zum Rechtserfolge, d. h. die geistige Vorstellung von dem erstrebten Erfolge, das Streben nach Erreichung desselben sowie die Erkenntnis des richtigen Mittels hierzu, setzt mithin bei dem Besitzer durchaus denselben Grad geistiger Reife, dieselbe Fähigkeit voraus, wie er sie haben müßte, um durch einen Übertragungsvertrag vollwirksam Eigentum zu erwerben, wie sie aber bestimmten Personen, den im § 104 Genannten, absolut abgesprochen wird. Der Geschäftsunfähige ist demnach von dem Erwerb des Eigenbesitzes [3]) und damit von der Ersitzung ausgeschlossen, da seinem

[1]) So wird auch im Strafgesetzbuche zum Tatbestand des Diebstahls (§ 242 Str. G. B.) die Absicht des Täters, sich die Sache rechtswidrig zuzueignen, gefordert.

[2]) Siehe oben S. 18—21.

[3]) So auch Staudinger Erl. 5, b zu § 872 u. Cit.; Endemann II § 30 Anm. 13; Cosack II § 202 unt. Ziff. I, 2 (abweichend von früheren Aufl.); teilweise anders Crome a. a. O.; a. M. Dernburg III § 17 a. E.; Fischer-Henle Erl. 1 zu § 872; Kniep S. 104; Auerbach S. 30 ff.; Friebe (Diss. 05), S. 76 u. Höpker-Aschoff (Diss. 07), S. 88.

Willen, die Sache als ihm gehörend zu besitzen, die rechtliche Bedeutung aberkannt werden muß. Zwar spricht der § 105 nur von der Willens e r k l ä r u n g eines Geschäftsunfähigen und bezeichnet sie als nichtig, während oben [1]) klarzulegen versucht wurde, daß der zum Eigenbesitz erforderliche Wille auch ohne irgend welche Kundgebung rechtserheblich ist. Auch läßt sich der gutgläubige Eigenbesitzerwerb dem Begriff des Rechtsgeschäfts nicht unterstellen [2]). Denn bei dem Rechtsgeschäft tritt der Erfolg ein, weil er gewollt ist, dem Erwerbe des redlichen Eigenbesitzes ist aber gerade das eigentümlich, daß wohl der Wille auf einen Rechtserfolg, das Eigentum, gerichtet sein muß, der gewollte Erfolg aber nicht eintritt, sondern statt dessen an jenen Erfolgswillen eine notwendig ungewollte — anderenfalls würde der gute Glaube fehlen — Rechtswirkung, der gutgläubige Eigenbesitz, sich anknüpft. Eben, weil aber ein auf einen rechtlichen Erfolg gerichteter Wille erforderlich ist, ist der redliche Eigenbesitzerwerb zum anderen auch keine bloße sog. Rechtshandlung [3]), bei der ein Erfolgswille durchaus im Tatbestand entbehrlich ist, vielmehr tritt er durch dieses Erfordernis gemeinsam mit dem Rechtsgeschäft in Gegensatz zu dem Begriff der Rechtshandlung, er steht also dem Rechtsgeschäftsbegriff näher. Die analoge Anwendung der §§ 104 und 105 wird sich auch aus der Erwägung rechtfertigen lassen, daß ihnen zufolge die Willens e r k l ä r u n g doch auch

---

[1]) Siehe oben S. 50 f.

[2]) Meist ist er freilich das Ergebnis eines unwirksamen „Rechtsgeschäfts".

[3]) Näheres über den Begriff der Rechtshandlung siehe in Motiven I S. 127, ferner bei Matthiass § 46, Planck I Vorbem. zu § 104 ff. Ziff. X.; letzterer (in Erl. 3, a zu § 872) bezeichnet den Erwerb des Eigenbesitzes zwar als Rechtshandlung, auf die jedoch die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit entsprechend angewendet werden müßten.

lediglich deshalb nichtig ist, weil das betreffende Subjekt des erklärten Willens nicht fähig sein soll, daß diese Paragraphen mithin von subjektiven Wirksamkeitsvoraussetzungen handeln, bei dem gutgläubigen Eigenbesitzerwerb aber ganz dieselben rechtlichen Anforderungen an die persönliche Fähigkeit des Subjekts zu stellen sind. Der Minderjährige dagegen, der das siebente Lebensjahr vollendet hat, sowie die ihm nach § 114 Gleichgestellten sind in entsprechender Anwendung des § 107 zum selbständigen Erwerb des Ersitzungsbesitzes zuzulassen, da sie durch die Ersitzung lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangen.

Wohl kann zum anderen für den Geschäftsunfähigen durch den gesetzlichen Vertreter [1]) der Eigenbesitz begründet werden. Ist der Geschäftsunfähige auch selbst des gehörigen Willens nicht fähig, so wird doch für ihn der Besitz zum Eigenbesitz, wenn der gesetzliche Vertreter den Willen hat, daß die beim Besitzerwerb erstrebte Rechtswirkung, das Eigentum, nicht in seiner, sondern in der Person des Vertretenen eintrete. Der in dieser Weise neben dem normierten Erfolgswillen von dem Vertreter gefaßte Vertretungswille bildet den Ersatz

[1]) Er ist regelmäßig als Besitzer der in seinem Gewahrsam befindlichen Sachen des Geschäftsunfähigen anzusehen, letzterer als der mittelbare Besitzer (siehe Matthiass II § 2 Ziff. II, a, 1; Crome III § 344 Note 40; Endemann II § 38 Anm. 21; Staudinger Erl. IV, 3 zu § 854). Mit der in Rede stehenden Absicht des Vertreters möchte der eigene Erwerb unmittelbaren Fremdbesitzes durchaus vereinbar sein. Nicht unbedenklich hingegen erscheint es, eine Vertretung im Willen in den Fällen für möglich zu erachten, in welchen der gesetzliche Vertreter selbst keinen Besitz an der Sache, sondern der Geschäftsunfähige den Alleinbesitz hat, wie beispielsweise das Kind an den zu seinem freien Vermögen (§ 1650) gehörigen Gegenständen. Siehe im allgemeinen auch Kniep S. 104: Gegebenenfalls „ist der Mündel Eigenbesitzer, weil der Vormund für den Mündel erwerben wollte"; S. 231: „Auch ein Vormund kann einem Mündel die Ersitzungsmöglichkeit verschaffen". —

der mangelnden Willensfähigkeit des Vertretenen und, ohne die Person des Vertreters zu berühren, tritt die Rechtswirkung, der Eigenbesitz unmittelbar bei den Geschäftsunfähigen ein. Können die Regeln der §§ 164 ff. über die Stellvertretung bei den Rechtsgeschäften schon für den bloßen Besitzerwerb zur Analogie herangezogen werden,[1]) so besteht diese Möglichkeit erst recht für den Erwerb des Eigenbesitzes[2]), da sich auch hier, wie bei den Rechtsgeschäften, die Stellvertretung als eine Vertretung im Willen charakterisiert. So wenig aber, wie bei dem selbsttätigen Erwerb des Eigenbesitzes eine Kundgebung des Eigentumswillens verlangt werden kann, ist entsprechend bei dem Erwerb durch den gesetzlichen Vertreter erforderlich, daß der Vertretungswille erkennbar hervortrete (vgl. § 164 Abs. 1 Satz 1).

Nicht als Stellvertreter hingegen erwirbt der Vorstand einer juristischen Person den Besitz. Er ist deren Organ, durch ihn handelt jene, und was er, als Vorstand, als der juristischen Person gehörend in Besitz nimmt, steht in deren unmittelbarem Eigenbesitz[3]). Möglich ist übrigens, daß die juristische Person in gewisser Beziehung geschäftsbeschränkt ist, nämlich ihre Eigentumserwerbsfähigkeit durch eine positive gesetzliche Bestimmung eingeschränkt wird; insoweit könnte sie eben auch nicht ersitzen[4]).

---

[1]) Siehe Protokolle III, S. 33 Ziff. V.

[2]) Siehe auch Staudinger Erl. 5, b u. Planck Erl. 3, b zu § 872.

[3]) Endemann II § 38 unter Ziff. 2: „Ein eigenartiger Fall des Erwerbes unmittelbaren Alleinbesitzes durch Handlungen anderer, ohne daß eine Vertretung stattfände". Ebenso die bei Staudinger unter Ziff. IV, 3 zu § 854 Citierten.

[4]) Der Art. 6 § 1 Preuß. A. G. in Verbindung mit Art. 86 E. G. B. G. B., welcher die Gültigkeit von Schenkungen und Zuwendungen von Todeswegen im Werte von mehr als 5000 Mk. an juristische Personen von der Genehmigung des Königs abhängig macht, ist nicht hierher zu beziehen. Der Erwerb des

Um eine Vertretung im Eigentumswillen, wie sie für den Geschäftsunfähigen zum Eigenbesitzerwerb durch den gesetzlichen Vertreter vorzunehmen ist, kann es sich aber nicht handeln, wenn ein Vollgeschäftsfähiger oder auch Geschäftsbeschränkter sich zum Erwerb des Eigenbesitzes einer anderen Person, eines Besitzdieners (§ 855) oder eines Besitzmittlers (§ 868) bedient. Denn den inneren Willensentschluß, welcher den Besitz zum Eigenbesitz qualifizieren soll, zu fassen ist hier der Erwerber, anders wie der Geschäftsunfähige, unter allen Umständen selbst in der Lage. Eine Stellvertretung hat demnach nur insoweit Sinn und liegt zu ihr ein praktisches Bedürfnis vor, als der Erwerber nicht selbsttätig handeln kann oder will und der Vertreter für ihn handeln soll, also nur für die zum Eigenbesitzerwerb notwendige Handlung des bloßen Besitzerwerbes [1] [2]. Und in der Tat muß man den Willen des Erwerbers, als ihm gehörend zu besitzen, in jedem Falle als schon in dem Augenblick vorhanden annehmen, in welchem er den Besitzdiener in das Abhängigkeitsverhältnis zu sich treten läßt

---

Eigentums an der geschenkten oder letztwillig zugewendeten Sache wird hierdurch nicht berührt. Die Ersitzung ist nicht ausgeschlossen, auch wenn die königliche Genehmigung nicht erteilt ist. So Goldmann-Lilienthal II § 19 Anm. 6; a. M. Staudinger Erl. 1, d zu § 937.

[1]) Ein Handeln des Vertreters ist nur in den wenigen bestimmten Fällen nicht erforderlich, wenn man für sie mit der überwiegenden Meinung den Satz „ignoranti acquiritur possessio" gelten läßt, wie z. B. für den Besitzerwerb an heimlich zugesteckten oder bei jemandem niedergelegten Sachen, an unbestellten Waren, welche in Abwesenheit zugingen, usw. Gegen diese Ansicht besonders Endemann II, § 34 Anm. 9, Affolter im Arch. f. bürgerl. R. 1900 S. 1 ff.: „Das Willensmoment beim Besitzerwerb", Colberg.

[2]) Der Umstand, daß der Vertretene Eigenbesitz erwerben soll, bedingt somit an sich nicht die Geschäftsfähigkeit des Vertreters.

oder er mit dem Besitzmittler das Causalverhältnis begründet. Aus dem dem Vertreter zum Zwecke des Eigentumserwerbes zugewiesenen objektiv begrenzten Geschäftskreis ergibt sich bereits, wie weit sich im Kommenden der Eigentumswille des Vertretenen erstreckt; von vorneherein will der Vertretene das zu Eigentum erwerben, woran für ihn der Vertreter innerhalb des zugewiesenen Kreises von Tätigkeit den Besitz erwirbt.[1]) Sein Besitz hat also durch den bereits vorliegenden Eigentumswillen im gleichen Moment den Charakter des Eigenbesitzes, wo er ihm durch die Handlung des Vertreters erworben wird, nämlich sobald der Besitzdiener die Sache an sich bringt bezw. der Besitzmittler unmittelbarer Besitzer des Gegenstandes wird, gleichviel ob der Vertretene von dem jeweiligen Erwerbsakt Kenntnis genommen hat. Ein etwaiger Wille des Vertreters, die Sache als dem Vertretenen gehörend zu erlangen, ist mithin wertlos und ohne rechtliche Bedeutung, was erst recht für den Fall zutrifft, daß eine Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegt. Denn auch diesesfalls ist, da es hier zum Erwerb des mittelbaren Besitzes für den Geschäftsherrn noch weiter eines constitutum possessorium zwischen ihm und dem Geschäftsführer, den bisherigen Alleinbesitzer, bedarf,

---

[1]) Über den bestimmten Geschäftskreis oder eine hinzukommende spezielle Anweisung hinaus wird ihm prinzipiell überhaupt kein Eigenbesitz erworben. — Hiermit in Verbindung steht auch die vorliegend nicht näher zu behandelnde Frage, inwieweit zum Besitzerwerb als solchem durch einen Vertreter auf Seiten des letzteren ein Wille, für den Vertretenen die tatsächliche Gewalt zu erlangen, nötig ist: Lediglich das objektive Abhängigkeitsverhältnis bezw. das die Besitzmittelung begründende Rechtsverhältnis entscheidet, eine Stellvertretung im Willen kann nicht angenommen werden. Siehe das Nähere bes. bei Biermann Erl. 4 zu § 855, Erl. 5 zu § 868, sowie Endemann II, § 38 u. Maenner § 16 Anm. 5.

nachträglich also ein dem § 868 entsprechendes Causalverhältnis hergestellt werden muß,[1]) der Eigenbesitzerwerb allein von dem nachträglich zu fassenden Willensentschluß des Vertretenen abhängig.

Von der Regel, daß der Erwerb des Eigenbesitzes einen auf das Eigentum an der Sache gerichteten Willen zur Voraussetzung hat, ist nur dann eine Ausnahme gegeben, wenn er sich im Wege der Erbfolge vollzieht. Schon oben[2]) war berührt worden, daß der Eigenbesitz zufolge dem Erfordernis des Eigentumswillens der allgemeinen Besitzlehre nicht unterzuordnen ist, in Beziehung auf jenes Begriffsmoment mit ihr in keinerlei Zusammenhang steht. Die Besitzregeln gelangen daher auch nur in Hinsicht auf das andere Tatbestandselement zur Anwendung, nur insoweit gelten die Bestimmungen über Besitzerwerb und Besitzverlust auch hier, insbesondere die Vorschrift über die Vererbung des Besitzes in § 857[3]). Darüber hinaus kann aber auch aus der Bestimmung des § 857 nicht entnommen werden, daß der Besitz auch in seiner Eigentümlichkeit als Eigenbesitz auf den Erben übergeht[4]). Letzteres ist vielmehr aus dem allgemeinen Inhalt des § 1922 herzuleiten. Hiernach rückt der Erbe mit dem Erbfall von Gesetzes wegen in die gesamte Rechtsstellung des Erblassers ein, er setzt rechtlich dessen Persönlichkeit fort, es muß also auch der von dem Erblasser geschaffene

---

[1]) Vgl. Endemann a. a. O. Anm. 18, c; Biermann Erl. 6 zu § 868; Maenner a. a. O. Eine fernliegende Ausnahme ist bei Endemann II § 32 Anm. 15, c angeführt.

[2]) Siehe oben S. 44 Anm. 1.

[3]) Über die Rechtsnatur des Besitzes und der Succession durch Erbgang siehe Matthiass: Vererbung des Besitzes (i. d. Rostock. Festschr. 1904), insbes. S. 9 f. u. S. 13—15; Crull (Diss. 06) S. 34 ff. u. S. 39—42.

[4]) A. M. Dernburg III § 106 unt. Ziff. II, 3; Goldmann-Lilienthal III § 19 unt. Ziff. III, 4.

Eigenbesitz für den Erben fortbestehen [1]). Indem der Erbe ipso iure den Eigenbesitz erwirbt, bedarf es weder einer Kenntnis vom Erbfall oder von dem betreffenden Nachlaßgegenstand noch eines Eigentumswillens, ebensowenig wie zum Übergang des Eigentums durch Erbgang; der Tatbestand ist der gleiche geblieben, als ob der Tod des Erblassers und damit ein Wechsel in der Person überhaupt nicht eingetreten wäre, in welchem Falle ebenso wenig, sobald der Eigenbesitz einmal realisiert war, für die Folgezeit weitere Willensentschlüsse erforderlich gewesen wären [2]). In den ersten Entwurf zum B. G. B. [3]) war die Bestimmung aufgenommen worden, daß der Tod des Besitzers die Ersitzung nicht unterbrechen solle; ihre Aufnahme erschien erforderlich „wegen des Prinzips der Nichtvererblichkeit von Besitz und Innehabung“ [4]). Durch den Bruch mit letzterem hat sich die Beibehaltung jener Bestimmung erübrigt. Es läßt sich aber hieraus entnehmen, daß auch nach den Motiven der Besitz nach dem Tode als Eigenbesitz fortdauern sollte, denn nur dann wird die Ersitzung nicht unterbrochen. Aus dem nämlichen Grunde wie der Eigenbesitz vererbt sich folgegemäß auch der Fremdbesitz als solcher [5]).

Besaß der Erblasser unter Anerkennung eines anderen als Eigentümer, so fehlt auch dem Besitz des

---

[1]) Vgl. Crome III § 342, Note 32, § 349, Note 10, § 405 Ziff. I, 1, b; Binder S. 40 ff.; Strohal, Erbrecht II § 63 unter Ziff. III, 5; Crull S. 48.

[2]) Daher erlischt auch allgemein der Eigenbesitz nicht schon durch Verlust der Fähigkeit zu dem rechtsgeschäftlichen Willen. Vgl. Crome III, § 344 unt. Ziffer I.

[3]) Entwurf I § 885.

[4]) Siehe Motive III, S. 354.

[5]) Siehe Crome § 349 Anm. 10; Strohal a. a. O.; Goldmann-Lilienthal § 19 zu Anm. 54; Binder S. 57 Anm. 76.

Erben die Eigenschaft des Eigenbesitzes [1]). Dies hindert jedoch nicht, daß der Erbe nachträglich den Willensentschluß faßt, die unter den Nachlaßgegenständen sich befindende Sache als seine eigene zu besitzen. Hierdurch wird freilich das Besitzverhältnis gegenüber dem Eigentümer nicht berührt, der Eigentümer bleibt mittelbarer, der Erbe unmittelbarer Besitzer. Denn es ist festzuhalten, daß das Besitzmittlerverhältnis nicht auf dem Detentionswillen des Mittlers, sondern auf dem objektiven Rechtsverhältnis der in § 868 bezeichneten Art beruht, daß es also bei Fortdauer jenes Causalverhältnisses durch den Mittler einseitig nicht gelöst werden kann, so lange dieser den Besitz der Sache selbst noch hat [2]). Insoweit gilt auch heute, „nemo sibi ipsi possessionis causam mutare potest." Der Fortbestand des Besitzmittlerverhältnisses vermag aber nicht auszuschließen, daß der Eigentumswille den bisherigen, ererbten Fremdbesitz des Besitzmittlers zum Eigenbesitz umwandelt [3]). Gleiches muß konsequenterweise für den Besitzmittler gelten, der nicht Erbe ist [4]). Ein Zeitpunkt, in welchem der Wille zur

---

[1]) Siehe auch vergleichsweise die Bestimmung in § 858 Abs. 2 verb.: . . . „wenn er Erbe des Besitzers ist . . .".

[2]) Vgl. Staudinger Erl. V, b zu § 868.

[3]) Dies möchte von Maenner § 16 Anm. 21, von Höpker-Aschoff S. 69 verkannt sein. Vgl. ins. Strohal, Sachbesitz S. 111; Binder a. a. O.; A. M. auch Dernburg III, § 12 Note 4.

[4]) Darüber, daß auch dessen Eigenbesitz gutgläubig sein kann, siehe im nächsten Kapitel. — Auch Cosack (II § 186 Ziff. VIII, 2) gibt ganz allgemein die Möglichkeit zu, daß „ein bisheriger Fremdbesitzer sich zum Eigenbesitzer macht". Er bezeichnet dies aber als eine Besitzumwandlung, ausdrücklich nicht als einen Besitzerwerb. Dem entspricht die Entscheidung in seinem in Bd. II § 207 auf S. 141 gegebenen Beispiel: dem Besitzer ist einstmals ein Buch geliehen worden, er vergißt diesen Umstand aber später und hält das Buch, als er es wieder bei sich entdeckt, für sein eigenes. Nach Cosack's Ansicht ist die Ersitzung hier ausgeschlossen, weil der Besitzer beim Erwerb des Besitzes

Entstehung kommen müßte, läßt sich allgemein nicht festlegen. Inbetreff des redlichen Erben wird sich aber sagen lassen, daß man von dem erforderlichen Eigentumswillen noch nicht sprechen kann, wenn der Erbe seine Berufung erfährt, die Erbschaft nicht ausschlägt und damit schlechthin von allen seines Wissens zum Nachlaß gehörenden Gegenständen Eigentümer sein will, selbst dann nicht, wenn ihm persönlich die betreffende Sache bereits bekannt ist. Sondern sein Wille, wie auch der des Besitzmittlers, der nicht Erbe ist, muß sich in durchaus konkreter Beziehung auf diesen bestimmten Gegenstand bilden, mag er sich auch in dem betreffenden Moment dieses Willens nicht besonders bewußt werden. Regelmäßig wird der kritische Zeitpunkt der sein, in welchem er zu dem Gegenstand in eine räumliche Beziehung tritt[1]), mit ihm physisch in Berührung kommt, ihn mit Überlegung wahrnimmt, in jedem Falle ein Augenblick, in welchem er sich mit der Sache, sei es auch nur in der Vorstellung von ihr, konkret befaßt, sodaß es ihm zum Bewußtsein gekommen wäre, daß nicht er, sondern ein Anderer ihr Eigentümer ist, wenn er eben sich nicht in dem seinen guten Glauben

---

sein Nichteigentum kannte. — Dem dürfte entgegen zu halten sein: Wenn man an den bloßen Besitz als solchen denkt, so mag man von einer Umwandlung in eine andere Art sprechen. Abgesehen davon, daß der Eigenbesitz, wie wiederholt bedeutet, aus der Besitzlehre in Hinsicht auf seine Voraussetzung auszuscheiden ist, ist aber mit dieser Umwandlung der Erwerb eines durchaus neuen Rechtes, des Eigenbesitzes, verbunden. Dieser Zeitpunkt des Erwerbes des Eigenbesitzes ist für den Beginn der Ersitzung maßgebend und kommt es allein darauf an, ob in diesem guter Glaube vorhanden ist. — Cosack müßte die Möglichkeit einer Ersitzung auch für den Fall verneinen, daß durch Erbfall Fremdbesitz erworben wird, der Erbe nachträglich aber die betr. Erbschaftssache als ihm gehörend besitzt.

[1]) Nicht ist dies immer notwendig, der Moment, in welchem der Erbe „den Besitz tatsächlich ergreift". (Vgl. §§ 2025 Satz 2 und 2027 Abs. 2.) — So jedoch Krause (Diss. 07) S. 28 u. 29.

begründenden Irrtum befände. Aus bereits getanen Erwägungen [1]) wird man aber auch hier nicht mit Strohal [2]) als zum Begriff notwendig verlangen können, daß der Wille erkennbar hervortrete; der Regel nach wird dies schon an sich der Fall und für die Beweisfrage von Erheblichkeit sein. Wenn nicht, so darf doch die Schwierigkeit in der Beweisführung nicht zu einem sonst nicht zu rechtfertigenden und deshalb willkürlichen Hinzufordern der Kundbarkeit des inneren Willens führen. Ist der Wille schließlich nicht erweislich, so liegt praktisch eben kein Eigenbesitz vor. Der Besitzmittler kann also bei Vorhandensein der weiteren Ersitzungsvoraussetzungen ganz ebenso wie jeder andere redliche Eigenbesitzer ersitzen [3]) — eine wesentliche Neuerung gegenüber früherem Recht besteht grade darin, daß ein titulus nicht mehr erforderlich ist — und wird nach Ablauf des gesetzlichen Zeitraums nunmehr auch das Besitzmittlungsverhältnis gelöst, da dem nunmehrigen Nichteigentümer, dem früheren mittelbaren Besitz ein ius possessionis nicht mehr zusteht, das causale Rechtsverhältnis von selbst aufgehoben ist.

2. Guter Glaube.

Verschiedentlich hat man zur Aufstellung des Satzes Anlaß genommen, nicht bilde der gute Glaube eine Voraussetzung der Ersitzung, sondern der böse

---

[1]) Siehe oben S. 50 f.

[2]) Strohal, Sachbesitz S. 111: „Ein bloßes, sog. inneres Wollen des unmittelbaren Besitzers wird man als vorerst unmaßgeblich betrachten dürfen.“ Die „praktische Nichtanerkennung“ des mittelbaren Besitzers gibt die Entscheidung. — Dagegen ausdrücklich auch Binder S. 57 Anm. 76 gegen Ende. Wie Strohal auch Krause a. a. O.

[3]) A. M. Dernburg a. a. O. Dagegen ausdrücklich: Goldmann-Lilienthal II § 19 Anm. 54.

Glaube einen Ausschließungsgrund [1]), und aus ihr zum Teil auch wichtige Folgerungen gezogen[2]). Man glaubte ihn aus dem Wortlaut des § 937 Abs. 2 entnehmen zu müssen, worin der gute Glaube zur Exception gestellt ist [3]). Dadurch, daß das Gesetz der vorher in Abs. 1 aufgestellten Regel, der Eigenbesitz führe zur Ersitzung, in einem Sondersatz die Ausnahme anfügt, böser Glaube schließe die Ersitzung aus, soll die Beweislast angedeutet werden: Entsprechend dem allgemeinen Rechtsgrundsatze, daß der gute Glaube als normale Tatsache zu vermuten ist, hat der Gegner die Unredlichkeit des Besitzers nachzuweisen. Durch jene Fassung im Text ist aber die Einsicht in das Wesen der Ersitzung verdunkelt, sie darf jedenfalls nicht dazu führen, den guten Glauben des Erwerbers als die wirtschaftliche und ethische Rechtfertigung der Ersitzung zu verkennen. Fragt man nach ihrer Grundlage, so kann man sich schwerlich mit der Antwort zufrieden geben, der Eigenbesitz mache sie allein aus, sondern es wird zu verlangen sein, daß dem zunächst nur halbwahren Satz des Abs. 1 hinzugefügt wird, der Eigenbesitzer dürfe nicht in bösem Glauben sein, oder, was dasselbe ist, der gute Glaube bilde das weitere Erfordernis. Letzterer darf nicht, weil im Gesetz negativ gefaßt, aus den positiven Merkmalen des materiellen Tatbestandes einfach gestrichen werden [4]).

---

[1]) Siehe Motive III, S. 352: „Der gute Glaube ist nicht zur Voraussetzung der Rechtsnorm gemacht, sondern für den Fall des bösen Glaubens eine Ausnahme bestimmt.“ Ferner Staudinger Erl. 2 zu § 937; Auerbach, S. 34, Stahmer (Diss.03) S. 62; Friebe (Diss. 05) S. 76.

[2]) Auerbach, Friebe a. a. O.; s. unt. S. 80 zu Anm. 2.

[3]) § 937 Abs. 2: „Die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn . . . .“.

[4]) Siehe bes. auch Goldmann-Lilienthal II § 19 Anm. 24 u. Cit.; Manigk, Eigenbesitz S. 325 u. Cit.; Buhl S. 68—69.

Was unter dem guten Glauben bei der Ersitzung zu verstehen ist, ist nicht ausdrücklich gesagt. Die in § 932 Abs. 2 gegebene Begriffsbestimmung ohne weiteres hierher übernommen, reicht nicht aus. Denn nach ihr deckt der gute Glaube nur den Mangel im Eigentum des Veräußerers. Die Ersitzung kommt jedoch, wie früher klarzustellen versucht wurde [1]), viel weniger für diesen, als für solche Fälle inbetracht, in welchen die Eigentumsübertragung wegen eines beliebigen anderen Mangels nichtig oder anfechtbar [2]) war oder der Besitz überhaupt auf eine andere Weise als durch einen Akt der Eigentumstradition erworben wurde. In dem letzten Falle ist jene Definition selbstredend überhaupt nicht verwertbar, aber auch wenn es sich um eine Veräußerung handelt, kann in Hinsicht auf die umfassende Aufgabe der Ersitzung nicht böser Glaube angenommen werden, wenn etwa der Besitzer zwar in Kenntnis von dem Nichteigentum des Veräußerers diesen doch irrtümlich für verfügungsberechtigt hielt, oder umgekehrt noch von „gutem Glauben" gesprochen werden, wenn der Veräußerer freilich Eigentümer war, der Besitzerwerber diesbezüglich also nicht schlechtgläubig sein konnte, er aber beispielsweise dessen Geschäftsunfähigkeit kannte [3]). In dem ersten Gesetzesentwurf findet sich demgemäß klar ausgesprochen: Die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn dem Besitzer beim Erwerbe bekannt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß ihm das Eigentum nicht zusteht [4]). Sach-

---

[1]) Siehe oben S. 19 ff.

[2]) Siehe vorhergehende Anm.

[3]) Praktisch wäre hier allerdings schon nach dem letzten Bedingungssatz des § 937 Abs. 2 die Ersitzung unmöglich.

[4]) Der statt dessen bisweilen gebrauchte Passus, „daß er das Eigentum nicht e r w e r b e", ist unzulänglich, wenn, wie im Text (s. oben Kap. 1 ds. Teils Anm. 81) angenommen wird, daß der Erwerb des bloßen Besitzes und des Eigenbesitzes nicht

lich sollte dies im endgültigen Gesetzestext nicht geändert werden [1]). Und so wird denn auch allgemein der gute Glaube im § 937 Abs. 2 in der im ersten Entwurf gefaßten Allgemeinheit verstanden; die heutige Fassung unter Anknüpfung an die Bestimmung des § 932 Abs. 2 ist lediglich durch ein Streben nach Vereinfachung des Wortlautes entstanden und war umso weniger bedenklich, als der gewollte Sinn aus der im gleichen Satze angefügten Bestimmung über die mala fides superveniens mit Gewißheit hervorgeht [2]).

Hinsichtlich des Nachweises des guten Glaubens ergibt sich die praktische Bedeutung eines etwaigen ursprünglichen Titels, obwohl dieser heute nicht mehr zu den Begriffsmerkmalen der Ersitzung gehört, von selbst. Wie der zum Eigenbesitz nötige Eigentumswille sich vorzüglich aus dem den Besitzerwerb begleitenden Akt eines vermeintlichen Eigentumserwerbes entnehmen lassen wird, so wird der Besitzer auch, um den Nachweis seines bösen Glaubens durch den Gegner zu widerlegen, mittelbar genötigt sein, den damaligen Erwerbstitel und seine näheren Umstände anzugeben.

Es ist die Frage aufgeworfen worden, ob der Erwerber gutgläubig geheissen werden könne, wenn er den Erwerb aus einem bestimmten Grunde für fehlerhaft hielt, in Wahrheit aber nicht dieser vermeintliche, sondern ein anderer Mangel dem Erwerb anhaftete;

---

immer notwendig zusammenfallen. Solchenfalls kann der Eigenbesitzer nur die Meinung haben, daß er bereits, seit geraumer Zeit, Eigentümer sei, nicht im Augenblick es erst werde, es sei denn, daß ein Fall der aufschiebend bedingten Eigentumsübertragung vorliegt und der Besitzer von einem gewissen Zeitpunkte an irrigerweise glaubt, die Bedingung sei zu seinen Gunsten eingetreten.

[1]) Siehe Protokolle III S. 233.

[2]) „. . . . oder wenn er später erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht."

sie wird zum Teil verneint [1]), doch wohl mit Unrecht. Angenommen, es habe ein fehlerfreier Erwerbsakt vorgelegen, so kann diesem die Wirksamkeit nicht etwa deshalb abgesprochen werden, weil der Erwerber sich in einem auf Irrtum beruhenden bösen Glauben befindet, sofern nur trotz dieser irrtümlichen Überzeugung vom Nichteintritt des Erfolgs der für den Eintritt der Rechtswirkung notwendige Erfolgswille vorhanden ist [2]). Die irrige mala fides schadet also nicht, und daran ändert sich nichts, wenn hinsichtlich des tatsächlich bestehenden Fehlers im Erwerbstatbestande der Erwerber, seinen zum Eigenbesitz bedingten Eigentumswillen vorausgesetzt, den zur Ersitzung erforderlichen guten Glauben hat. Er kann auch in diesem Falle ersitzen [3]). Der Zeitpunkt, in welchem jener gute Glaube vorliegen muß, ist nach dem eigenen Wortlaut des Gesetzes [4]) der Erwerb des Eigenbesitzes als solchen — also nicht immer schon der des bloßen Besitzes [5]).

---

[1]) Meischeider in den Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung eines Bürgerl. Gesetzb. f. d. D. R., Heft 3 S. 92, 93; auch Borscht (Diss. 08) S. 50.

[2]) Plus in re quam in existimatione, was beispielsweise bei der Aneignung, wenn der Occupant der irrigen Meinung ist, die Sache sei nicht herrenlos, allgemein als geltend angenommen wird. (Siehe Motive III S. 369 und die einschlägigen Stellen in Lehrbüchern und Kommentaren). Manigk, Anwendungsgebiet S. 135 ff. erläutert ausdrücklich, daß der Satz nicht auf die Occupation zu beschränken sei.

[3]) Übereinstimmend Endemann II, § 82 Anm. 21 letzter Satz, wo zur Analogie auf eine Entscheidung des Reichsger. (Bd. 47, S. 244) — es handelt sich um die falsche Annahme, die Sache sei Fidekommißgut — herangezogen ist.

[4]) Abs. 2 des § 937.

[5]) Daß beide sehr wohl zeitlich auseinanderliegen können, siehe oben S. 65 Anm. 4. So, wenn beispielsweise der Erbe, der Fremdbesitz ererbt hat, zum Eigenbesitzer der Sache wird.

Handelt es sich um einen nur anfechtbaren Akt des Eigentumserwerbes, so ist entsprechend guter Glaube nicht vorhanden, wenn der Erwerber die Anfechtbarkeit kannte oder diese ihm nur infolge seiner groben Fahrlässigkeit unbekannt blieb [1]). Dies ist ohne weiteres auch aus der allgemeinen Intention des § 142 Abs. 2 zu folgern, obgleich hier ausdrücklich dem Kennen das Kennenmüssen, gemäß § 122 Abs. 2 also die schon auf leichte Fahrlässigkeit zurückzuführende Unkenntnis gleichgestellt ist [2]).

Nur wenn tatsächlich mit Erfolg angefochten wird, kann naturgemäß die Ersitzung platzgreifen, dagegen ist die Anfechtung (siehe § 143) an sich bezw., wenn sie einem Dritten gegenüber zu erfolgen hatte,[3]) die Kenntnis des Besitzers von ihr insofern ohne Belang, als sie allein eine mala fides superveniens nicht notwendig zur Folge hat.

Das Element des guten Glaubens ist der Irrtum, d. i. die falsche Vorstellung vom Wirklichen. Das Wesentliche in diesem Begriff ist der Mangel der wahren Vorstellung [4]). Er ist daher nicht nur dann zutreffend, wenn bei jemandem positiv eine bestimmte andere Vorstellung an die Stelle der wahren getreten ist[5]),

---

[1]) Siehe Mot. III, S. 353, 347, 221.

[2]) Vgl. Staudinger I, Erl. 7, a zu § 142 und Planck I Erl. 5 zu § 142.

[3]) Etwa der Ersitzende hatte die Sache gutgläubig, aber nicht nach § 932 sofort zu Eigentum, der Veräußerer selbst sie von dem Eigentümer durch eine anfechtbare Übertragung schlechtgläubig erworben und der Ersitzende erfährt nun von der durch den Eigentümer seinem Veräußerer gegenüber (§ 143 Abs. 2) erfolgten, später auch wirksamen Anfechtung.

[4]) v. Savigny: System des römischen Rechts, Bd. 3 S. 111 (§ 115).

[5]) Etwa der Erwerber weiß sehr wohl, daß der Veräußerer nicht Eigentümer ist, ist aber der Überzeugung, daß dieser verfügungsberechtigt sei.

sondern die wahre Vorstellung fehlt auch da, wo sich bei der betreffenden Person überhaupt keine bestimmte Vorstellung, nicht die Annahme von etwas, das mit dem Wirklichen nicht übereinstimmt [1]), gebildet hat[2]). Unter Irrtum ist demnach nicht nur das Falschwissen (error) sondern auch das Nichtwissen (ignorantia) zu begreifen [3]), allgemein die Nichtkenntnis des Sachverhaltes fällt darunter.

Irren, in dem Sinne also, daß auch die bloße Unwissenheit zu verstehen ist, kann jemand sowohl über Tatsachen [4]), wie über den Inhalt von Rechtsnormen [5]). Bald dem faktischen Irrtum, bald dem Rechtsirrtum ist auch der Fall zu unterstellen, daß der Betreffende die Tatsachen nicht oder unrichtig unter das Gesetz subsumiert [6]).

---

[1]) v. Savigny a. a. O. u. S. 326 (Beilage): „Bloße Bewußtlosigkeit über den wahren Sachverhalt."

[2]) Der Erwerber nimmt die tradierte Sache an sich, ohne daß sich bei ihm irgend ein besonderes Bewußtsein in Beziehung auf den Sachverhalt aufgelöst hätte.

[3]) Vgl. Crome I § 94 Note 1.

[4]) Der Erwerber hält den Veräußerer für vollgeschäftsfähig.

[5]) Umgekehrt, der Erwerber kennt die Bestimmung nicht, wonach die Veräußerung durch einen Geschäftsunfähigen nichtig ist. — Der Satz „ignorantia iuris nocet" gehört auf ein anderes Gebiet. (Er besagt, die Gültigkeit der Gesetze ist unabhängig davon, ob der dadurch Getroffene sie tatsächlich kennt. Die Publikation erfolgt zwar zu dem Zwecke, das Gesetz der Allgemeinheit zur Kenntnis zu bringen, seine bindende Kraft ist aber von der Verwirklichung dieser Absicht unabhängig).

[6]) Vgl. Dernburg Pandekt. (1888) Bd. I § 87, S. 198 ff. — Der Erwerber kennt sowohl sämtliche Tatumstände beim Erwerb als auch die einschlägigen rechtlichen Bestimmungen. Während aber die Tradition nur eine Besitzübergabe darstellte, da die Sache ihm nur verpfändet werden sollte, sieht er in der Übergabe eine resolutiv bedingte Eigentumsübertragung. Sein Irrtum beruht entweder auf einer unrichtigen Auffassung des Gesetzes oder des Tatbestandes.

Baut sich so der gute Glaube auf der Basis des Irrtums auf, so hat das Gesetz zu dieser natürlichen Wahrheit eine Weiterung geschaffen, insofern es zuweilen trotz des tatsächlichen Irrtums, trotz des individuellen Glaubens an die Existenz der fraglichen Berechtigung, den Schutz des guten Glaubens nicht mehr erkennen will, nämlich dann, wenn nur grobes Verschulden des Besitzers die Ursache dafür ist, daß er in dem Irrtum befangen blieb, der Wahrheit nicht inne wurde. Trifft den Erwerber des Eigenbesitzes dieser Vorwurf, so soll ihm auch nicht unverdienter Rechtsvorteil zuteil und der Eigentümer um sein Recht gebracht werden; denn nur das begründete Vertrauen auf die vorhandene Rechtslage, die geeignet erscheint, den bezweckten Rechtserfolg herbeizuführen, darf den vorhandenen Mangel ergänzen. Eben deshalb sagt das Gesetz, daß im Falle der nur auf grobe Fahrlässigkeit zurückführenden Unkenntnis beim Eigenbesitzerwerb die Ersitzung ausgeschlossen sein soll. Der Erwerber hätte unter allen Umständen die Wahrheit erkennen müssen.

Wann jemandem in dem Zeitpunkt, in welchem er zum Eigenbesitzer einer Sache wird, grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, weil er nicht zu der Erkenntnis kam, das Eigentum könne ihm nicht zustehen, läßt sich aus dem Gesetz nicht unmittelbar beantworten. Doch muß angenommen werden, daß, wenn nach der Begriffsbestimmung des § 276 für die gewöhnliche, leichte Fahrlässigkeit derjenige fahrlässig handelt, welcher die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außeracht läßt, grobe Fahrlässigkeit eine Verletzung des Mindestmaßes der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bedeutet [1]). Auch für diese Sorgfalt allergewöhnlichster Art ist also ein objektiver, abstrakter Maßstab anzunehmen. Freilich

[1]) Siehe Planck I, S. 41; Matthiass I § 61 S. 272; Cosack I § 71.

wird von dem Geschäftserfahrenen, dem Gebildeten, dem geistig höher Stehenden im Einzelfalle eher zu verlangen sein, daß er im kritischen Augenblick auf offen hervortretende Umstände, welche die Unmöglichkeit seines Eigentums besonders nahelegten, aufmerksam wurde; insofern wird also der Richter die Individualität des Erwerbers zu berücksichtigen haben [1]), der Begriff der groben Fahrlässigkeit stets ein relativer sein. Innerhalb der Grenzen dessen aber, was nach Maßgabe seiner persönlichen Fähigkeit verlangt werden kann und muß, ist, um noch als gutgläubig gelten zu können, absolut das Maß von Sorgfalt erforderlich, welches als geringstes nach den allgemeinen Grundsätzen des normalen Verkehrs auch gerade von s e i n e r Person zu fordern ist. Auch der Unerfahrene, Ungebildete kann sich nicht darauf berufen, daß er immer so unachtsam, nachlässig, so zerstreut oder leichtgläubig sei, er hätte eben bis zu einem verhältnismäßig

---

[1]) Cosack a. a. O. hält jedoch die Berücksichtigung der Individualität bei der Feststellung, ob Fahrlässigkeit vorliegt, allgemein, also auch beim Schuldverhältnis für geboten. Daß dies nicht angängig ist, sondern im Bereich der Schuldverhältnisse jeder zu der einmal übernommenen Verpflichtung stehen muß, ohne Rücksicht darauf, ob er sich hinterher zur ordnungsgemäßen Erfüllung außerstande sieht, ist bei Endemann (1903) Bd. I § 113 Ziff. 2 und Anm. sowie bei Planck II Erl. 2 zu § 276 eingehend dargelegt. — Der Ausdruck Fahrlässigkeit ist aber vorliegend auch in einem anderen Sinne gebraucht als im Obligationsrecht. (Siehe auch Binder S. 41 Anm. 16.) Der Schuldner haftet für ein gewisses Maß von Sorgfalt aus der eingegangenen Verpflichtung dem anderen Teile gegenüber und in dessen materiellen Interesse, hier dagegen muß der Betreffende, der Erwerber im eigensten Interesse bis zu einem gewissen Grade sorgfältig verfahren, weil ihm sonst mit Rücksicht auf den bedrohten Eigentümer der Rechtsvorteil der Ersitzungslage nicht zugesprochen werden kann.

geringen Grade achtsam und gewissenhaft sein müssen [1]). Dem freien richterlichen Ermessen ist aber ein weiter Spielraum überlassen [2]). Im näheren wird sich sagen lassen: Der Erwerber darf sich nicht über Verdachtsmomente, die sich ihm unwillkürlich aufdrängen, leichtfertig hinwegsetzen [3]), er muß das Seinige tun, um zur richtigen Erkenntnis zu gelangen, es müssen besondere Umstände eintreffen, durch welche diese verdächtigen Anzeichen beseitigt werden. Aber auch dann handelt er grobfahrlässig, wenn ihm zwar nicht von selbst Zweifel aufsteigen, ihm jedoch bei Aufwand nur geringer Sorgfalt die Anzeichen, welche dringenden Anlaß zu Zweifeln an seiner Berechtigung boten, nicht entgangen wären [4]). Andererseits soll damit keine

---

[1]) Z. B.: Man erwirbt nicht von jemandem, der höchstwahrscheinlich ein Betrüger ist. — Grob fahrlässig wird man handeln, wenn man Effekten kauft, die allem Anscheine nach von einer großen, allgemein bekannt gewordenen Unterschlagung herrühren, oder von einer Person, die gewöhnlich nicht mit solchen Sachen zu handeln pflegt, einen wertvollen Gegenstand zu einem ganz unverhältnismäßig geringen Preis erwirbt. — Man kann nicht einen Gegenstand für derelinquiert halten, welcher, dem Werte nach zu schließen, aus Versehen liegen gelassen, oder, durch die Umhüllung unkenntlich, versehentlich achtlos fortgeworfen worden war. — Ebensowenig kann jemand ein Buch, das er in seiner Bibliothek unvermutet entdeckt, für sein Eigen halten, angesichts einer anonymen Widmung, die ihn bei dem geringsten Nachdenken aufgeklärt hätte, usw.

[2]) § 286 C. P. O.

[3]) Nimia securitas! (1, 3 § 1 D. de iure et facti ignorantia 22, 6); „Leichtsinnigkeit" (Binder S. 41). Mot. III, S. 352 „Ein geringer Grad von Aufmerksamkeit ist zu verlangen, welcher sich aufdrängende Verdachtsmomente nicht unbeachtet läßt."

[4]) Siehe R. G. 58, S. 162: „Grobfahrlässig ist auch der Erwerber, welcher es unter besonders schwerer Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unterläßt, sich die Kenntnis dringend verdächtiger Umstände zu verschaffen . . . .". Latae culpae finis est, non intelligere, quod omnes intellegunt (l. 223 pr. D. 50, 16).

Verpflichtung des Erwerbers anerkannt sein, etwa besondere Nachforschungen über die Legitimation des Veräußerers anzustellen oder überhaupt in jedem Falle positiv Erkundigungen einzuziehen, ob ihm auch das Eigentum wirklich zusteht, er braucht nicht ohne weiteres jedem inneren Zweifel nachzugehen [1]).

Für die Zeit nach dem Erwerb des Eigenbesitzes schadet nur noch wirkliche Kenntnis des Besitzers; nur wenn der Eigenbesitzer später erfährt, daß das Eigentum ihm nicht zusteht, ist nach § 937 Abs. 2 a. E. die Ersitzung ausgeschlossen. Und zwar muß er subjektiv die Überzeugung von seinem Nichteigentum gewonnen haben [2]). Mit anderen Worten: für die mala fides superveniens genügt es nicht, daß er von dem Umstande Kenntnis bekommt, auf welchem sein Nichteigentum beruht, wenn er sich nicht selbst die notwendige rechtliche Folgerung daraus zieht. Er kann selbst dann nicht als schlechtgläubig gelten, wenn ihm der Grund seines mangelnden Eigentums von anderer Seite mitgeteilt wurde, er aber dieser Mitteilung keinen Glauben schenkt. Mag in solcher Unkenntnis auch im Einzelfalle eine schwere Fahrlässigkeit zu erblicken sein, sie hindert nicht den Lauf der Ersitzung. Die Begründung für letzteres fand man in der Erwägung, daß man demjenigen, welcher einmal gutgläubig besitzt, nicht aufbürden darf, Aufmerksamkeit darauf zu verwenden, ob die Sache einem anderen gehört [3]). Ähnlich ist in den Protokollen [4]) bemerkt: Von dem Erwerber einer Sache könne man verlangen, daß derselbe beim Erwerb eine gewisse Vorsicht beobachte, dagegen erscheine es nicht gerechtfertigt, ihm nachher noch für

[1]) Vgl. die Ausführungen in Mot. III, S. 346 u. Prot. III S. 233; ferner Binder a. a. O.

[2]) Vgl. Dernburg III § 6 Ziff. 4 a. E.; Planck Erl. 1 b zu § 937.

[3]) Mot. III S. 355.

[4]) Prot. III S. 233.

die ganze Dauer der Ersitzungszeit die Verpflichtung aufzuerlegen, etwaigen Umständen nachzuforschen, welche die Ersitzung hindern könnten. Eine solche während der ganzen Ersitzungszeit dauernde Diligenzpflicht des Erwerbers entspreche nicht den Anschauungen des Lebens und würde zu den größten Belästigungen führen. Desungeachtet hatte in den Beratungen für die zweite Lesung[1]) ein Antrag vorgelegen, auch für die Zeit nach dem Eigenbesitzerwerb die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis der Kenntnis im Gesetz gleichzustellen, unter Hinweis auf den möglichen Fall, daß jemand es absichtlich vermeide, sich die Kenntnis eines Umstandes zu verschaffen, der seinem Erwerb entgegensteht.[2]) Wenn auch für die Regel anzunehmen ist, daß solchenfalls schon beim Erwerb der gute Glaube zufolge grobfahrlässiger Unkenntnis gefehlt hat[3]), so trifft dies doch nicht notwendig immer zu[4]). Man ist daher dazu gelangt[5]), falls sich der

[1]) Protokolle a. a. O.

[2]) Z. B.: jemand habe eine Sache gefunden und lese nun die polizeilichen Bekanntmachungen über verlorene Gegenstände bloß deshalb nicht, um nicht zu erfahren, daß die Sache von einem anderen verloren sei.

[3]) Vgl. Planck a. a. O.; Crome § 405 Anm. 69.

[4]) Vgl. das Beispiel bei Cosack II § 207: A erwirbt von dem Antiquar B ein Buch, das aus einer Bibliothek gestohlen ist, deren Stempel B aber geschickt verklebt hat. Tags nach dem Erwerb entdeckt A den Stempel, schöpft Argwohn, unterläßt aber gerade deshalb bei der Bibliothek eine Erkundigung, verheimlicht das Buch sorgfältig und verleugnet sogar den Besitz, als zufällig die Sprache auf das Buch kommt. (Cosack nimmt hier allerdings an, die Ersitzung werde nicht ausgeschlossen. A. M. auch Planck a. a. O.) — Oder (Cosack in Zusammenst. d. gutachtl. Äuß. III S. 172): Der Besitzer eines Pferdes liest eines Tages in der Zeitung, ein Pferd sei gestohlen. Die Beschreibung paßt auf das seine, als auffallendes Merkmal ist aber in der Anzeige ein in der Sattellage befindliches Kennzeichen hervorgehoben und der Besitzer vermeidet es nun, das Pferd ungesattelt zu sehen.

[5]) Motive a. a. O.; Staudinger Erl. 2, a zu § 937.

Eigenbesitzer absichtlich der Kenntnisnahme verschließe, einen dolus eventualis anzunehmen. Hierbei hat man sich vermutlich Folgendes klargelegt: Wie der dolus eventualis zwischen den beiden Graden von Verantwortlichkeit für den Erfolg, zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz liegt, so liegt auch der hier fragliche eigentümliche psychische Zustand auf der Grenze, d. h. er ist weder bestimmte Kenntnis, da der Besitzer ja gerade die zwingende Gewißheit meidet, noch ist er bestimmte Unkenntnis, denn der Besitzer ist selbst so sehr von der Richtigkeit seiner Vermutung überzeugt, daß er der entscheidenden Aufklärung absichtlich aus dem Wege geht. Jedenfalls urteilt er nicht: Mögen auch dringende Verdachtsgründe für das Gegenteil sprechen, es wird schon mit meinem Eigentum seine Richtigkeit haben — dann könnte nur von, wenn auch noch so großer Fahrlässigkeit die Rede sein[1]) —, sondern er sagt sich: Ganz offenbar habe ich kein Eigentum, ich will aber die Gewißheit nicht haben; das Bewußtsein des Besitzers kommt der Kenntnis erheblich nahe. Der Eintritt der sicheren Erkenntnis scheitert also nur an dem eigensten Wollen des Besitzers, sich ihr gewaltsam zu verschließen, und wird man ihn darum als geschehen anzunehmen haben[2]).

[1]) Man denke an die Parallele im Strafrecht, daß eventueller Vorsatz dann vorhanden ist, wenn der Täter nicht zu dem assertorischen Urteil gelangt ist: Der mögliche Vorsatz wird wohl nicht eintreten. Erwartet dies der Täter jedoch, so kann nur von einer, wenn auch vielleicht noch so frivolen Fahrlässigkeit gesprochen werden. (Siehe auch die Verhandlungen des deutschen Juristentags 24. 1898, Bd. 4 S. 272 unten u. S. 274.)

[2]) Dieser Gedanke spricht auch aus dem in den Protokollen a. a. O. enthaltenen Vorschlag, den § 162 Abs. 1 zur Analogie heranzuziehen. Wie der Eintritt der Bedingung, wenn er von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert wird, als erfolgt gilt, so hat die von dem Besitzer selbst wider Treu und Glauben bei sich aufrecht erhaltene Unkenntnis als Kenntis zu gelten.

Mit der bereits besprochenen Unterscheidung, daß nicht der gute Glaube Voraussetzung, sondern schlechter Glaube ein Hindernis der Ersitzung sei [1]), ist eine Begründung dafür zu geben versucht worden, daß der Geschäftsunfähige besonders geeignet sei, durch Ersitzung Eigentum zu erwerben [2]). Denn wie sollte beispielsweise der böse Glaube sich im Kopf eines dreijährigen Kindes darstellen; die Schlechtgläubigkeit, welche die Ersitzung ausschließe, sei daher bei dem Geschäftsunfähigen durchweg unmöglich. Abgesehen davon, daß es nicht als mehr eine Umkehrung im Ausdruck bedeuten möchte, ob bei der Begriffsbestimmung der Ersitzung dem Erfordernis des guten Glaubens eine positive oder negative Fassung gegeben wird [3]), läßt sich nicht einseitig behaupten, der Geschäftsunfähige sei nur zum bösen Glauben unfähig [4]). Auch nach der positiven Seite hin wird man ihm z. B. nicht zutrauen können, daß er sich zur Rechenschaft ziehe und sich die Überzeugung bilde, daß er das erstrebte Recht auch wirklich erworben habe. Es kann sich aber auch im vorliegenden nur darum handeln, ohne Rücksicht auf die individuelle Befähigung des Geschäftsunfähigen an den objektiven allgemeinen Gesetzesbestimmungen festzuhalten. Danach ist ihm schlechthin die Fähigkeit

---

[1] Siehe oben S. 68.

[2]) Auerbach S. 35; Friebe S. 76.

[3]) Die Absicht des Gestzes, durch den Wortlaut des § 937 Abs. 2 die Beweislast zu regeln, hat damit nichts zu tun (siehe Anm. 1).

[4]) Gewiß wird ihm regelmäßig weder das Bewußtsein, noch der Verdacht kommen, daß ihm kein Eigentum zustehe. Denkbar wäre aber immerhin etwa der Fall, daß ein wegen partieller Geisteskrankheit Entmündigter während eines lichten Zwischenraumes eine Sache erwirbt, von der er weiß, daß sie gestohlen ist und sein Eigentum nicht werden kann. Und in welchem Glauben soll der Geschäftsunfähige sein, wenn zwingende Verdachtsgründe darauf hindeuten, daß er Eigentum nicht erwerben kann?

aberkannt, am rechtlichen Verkehr teilzunehmen. So wenig seine Willenserklärung den erstrebten Erfolg haben kann, sein rechtsgeschäftlicher Erfolgswille für die Rechtswelt von Bedeutung ist, sowenig kann ein anderer innerer Vorgang oder Zustand in ihm rechtserheblich sein, der bei einer anderen, vollgeschäftsfähigen oder doch geschäftsbeschränkten Person rechtliche Wirkung nach sich ziehen würde. Er kann mithin weder in schlechtem, aber ganz ebenso nicht in gutem Glauben sein, also auch aus diesem Grunde, nicht nur in Ansehung des Erfordernisses des Eigenbesitzes, nicht selbständig ersitzen [1]).

Anders der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte (§ 107, 114); ihm ist die geistige Qualifikation zum rechtlichen Wollen und Handeln prinzipiell absolut zugesprochen [2]).

Wurde für den Geschäftsunfähigen dagegen der Erwerbsakt durch den gesetzlichen Vertreter vorgenommen, so kommt es gemäß § 166 Abs. 1 hinsichtlich des guten Glaubens allein auf die Person des Vertreters an, und die rechtlichen Folgen dessen werden unmittelbar in der Person des Geschäftsunfähigen wirksam. Es ist also zunächst unerheblich, ob letzterer etwa weiß, daß die durch den Vertreter ihm erworbene Sache gestohlen ist, diese seine Kenntnis schadet erst als nachfolgender böser Glaube, sobald er mit Erreichung des siebenten Lebensjahres - geschäftsbeschränkt bezw. während des Laufes der Ersitzung mit Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses oder Aufhören des in § 104 Abs. 2 bezeichneten Zustandes vollgeschäftsfähig wird.

In gleicher Weise kommen die Vorschriften des § 166 unmittelbar zur Anwendung, wenn die Stellver-

---

[1]) Siehe auch Manigk, Anwendungsgebiet, S. 215, Eigenbesitz S. 324.

[2]) Die Ausnahmebestimmung des § 107 kann hier nicht in Betracht kommen.

tretung eine gewillkürte ist. [1]) Maßgebend ist in erster Linie, ob der Akt des Eigentumserwerbes [2]) nur durch einen Boten geschah, oder ob wirkliche Stellvertretung vorlag. Ersterenfalls ist die Frage nach dem guten Glauben ausschließlich nach der Person des Geschäftsherrn zu beurteilen, denn der Bote [3]) ist das bloße Werkzeug zur Übermittlung der rechtsgeschäftlichen Erklärung. Handelt es sich dagegen um wahre Stellvertretung [4]), so richtet sich die Entscheidung, ob guter Glaube beim Erwerb der Sache vorlag, grundsätzlich allein nach der Person des Vertreters (§ 166 Abs. 1), und ergibt sich das unbefriedigende Resultat, daß der Vertretene sich nicht auf den eigenen guten Glauben berufen kann, wenn der Vertreter beim Erwerbe schlechtgläubig war [5]). Doch schadet die nachfolgende Bös-

---

[1]) Auf wessen guten Glauben es in diesem Falle ankomme, wird mehrfach danach beurteilt, ob der Vertreter Besitzmittler oder Besitzdiener ist (Stahmer S. 59 ff.; Großmann S. 29 ff.; Borscht S. 51 ff.). Es steht hierfür aber allein die Stellvertretung in der Eigentumserwerbshandlung, die Vertretung im Rechtsgeschäft, nicht im Besitzerwerb in Frage. Daher kommt den einschlägigen Bestimmungen in dem Abschnitt der §§ 164 ff. direkte und nicht nur analoge Geltung zu. Der Umstand, daß dies nicht auseinandergehalten worden ist, erklärt auch allein die falsche Entscheidung (Borscht a. a. O.), daß es stets nur auf den Glauben des Vertretenen ankomme.

[2]) Der für die Ersitzung in Betracht kommende Fall, daß dem Besitzerwerb ursprünglich kein Eigentumserwerbstitel zugrundelag, ist für die Stellvertretung auszuscheiden.

[3]) Er ist nicht notwendig Besitzdiener, sondern er kann auch als Besitzmittler dem Herrn den, nur mittelbaren, Besitz erwerben.

[4]) Er kann gleichfalls sowohl bloßer Besitzdiener (z. B. der Prokurist, der Handlungsbevollmächtigte, vgl. Staudinger Er.l II 3 a zu § 855) wie Besitzmittler der Sache werden.

[5]) Die Möglichkeit, nachträglich das Eigentum zu ersitzen, wird mithin im Falle der Stellvertretung um dieses Moment verringert.

gläubigkeit, die positive Kenntnis des Vertretenen [1]); denn mit dem Abschluß des Erwerbsgeschäftes vollzieht sich die rechtliche Wirkung unmittelbar in der Person des Vertretenen, in gleichem Moment ist also die Funktion des Vertreters erledigt und scheidet er aus den hier fraglichen Rechtsbeziehungen aus, sodaß seine mala fides superveniens die Ersitzung nicht mehr beeinträchtigen kann. Hingegen macht es praktisch keinen Unterschied, ob die Vorbedingungen des § 166 Abs. 2 gegeben sind [2]), da der Vertretene auch im andern Falle nach dem eben Gesagten (Anm. 1) unmittelbar nach dem Erwerbe doch in nachfolgenden bösen Glauben gerät [3]). Im Falle einer Vertretung ohne Vertretungsmacht und nachfolgender Genehmigung (§ 177 Abs. 1) [4]) ist die Sachlage die gleiche, wie wenn mit Vertretungsmacht gehandelt worden wäre; daher gilt auch hierfür der Abs. 1 des § 166 mit den oberen Folgerungen entsprechend.

Die Vorstellung von der Erbfolge als dem Eintritt in die Gesamtheit der vermögensrechtlichen Beziehungen des Erblassers [5]) führt nicht allein zu dem bereits gezogenen Schluß, daß der Erbe diesen in der jeweiligen

---

[1]) Kannte er bereits beim Erwerbe die Furtivität des Gegenstandes, so hindert dies an und für sich, falls nicht § 166 Abs. 2 in den Voraussetzungen zutrifft, den Beginn der Ersitzung nicht, dagegen ihre Fortsetzung, da er sich sofort im nachfolgenden schlechten Glauben befindet.

[2]) Auch dann schützt ihn der eigene gute Glaube nicht, wenn dieser nicht auch beim Vertreter vorhanden war (siehe vorherg. Anm.)

[3]) Es nützt ihm also in Wirklichkeit auch schon nach Abs. 1 der gute Glaube des Vertreters nichts, wenn er selbst zu der gleichen Zeit des Erwerbes schlechtgläubig war.

[4]) Einseitige Rechtsgeschäfte (z. B. Aneignung) bleiben nach § 180 vorliegend außer Betracht.

[5]) Geringe Ausnahmen hierzu bilden nur diejenigen Rechtsverhältnisse, die höchst persönlicher Natur sind und darum den Tod ihres bisherigen Trägers nicht zu überdauern vermögen. (Vgl. §§ 1061, 1091, 514 usw.)

Eigenschaft als Eigenbesitzer oder Fremdbesitzer unmittelbar ersetzt [1]), sondern es ergibt sich aus diesem Prinzip der Gesamtnachfolge mit der gleichen Notwendigkeit eine Succession in die Ersitzungslage des Erblassers [2]). Mit dessen Tode ist der Erbe ohne weiteres der Ersitzende, er gilt also hiermit auch als gutgläubig, ohne daß es seiner Kenntnis von dem Erbfalle und dem unter dem Nachlasse befindlichen Gegenstande bedarf. Nach einer entgegengesetzten Ansicht [3]) soll eine successio in usucapionem im heutigen Recht nicht mehr möglich sein, da die Sonderbestimmung des § 943 nur eine Anrechnung der Ersitzungszeit des Rechtsvorgängers gestatte, infolgedessen auch in der Person des Erben sämtliche Voraussetzungen, die für den Beginn einer neuen Ersitzung erforderlich seien, vorliegen müßten. In der Hauptsache tritt der Unterschied dieser zu der vorliegend vertretenen Auffassung praktisch dann hervor, wenn der Erbe nur zufolge grober Fahrlässigkeit in Unkenntnis darüber bleibt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht d. h. also, daß die Sache dem Erblasser nicht zu Eigentum gehört hat. Mit der Annahme einer Succession in die conditio usucapiendi ist der grobfahrlässigen Unkenntnis des Erben kein

---

[1]) Siehe oben S. 63 ff.

[2]) Sie wird angenommen von: Binder, S. 41 ff.; Strohal, Erbrecht I, S. 16, 17, II, S. 77; Crome, III, § 408 zu Note 24; Dernburg III § 106 Ziff. II, 3; Maenner § 25 Anm. 49; Kuhlenbeck, Komm. z. B. G. B. (1903) Erl. 1 zu § 943; Lessing, im Arch. f. sächs. R. S. 611; Mot. III S. 353: Die Ersitzungslage ist, wenn auch kein erworbenes Recht, doch eine Rechtsposition, welche ebenso wie das Eigentum im Wege der Singular und Universalsuccesion übertragen wird. — Hinsichtlich der Sondernachfolge vgl. jedoch unt. die Erörterung zu § 943 in Kap. 3 Ziff. a.

[3]) Biermann Erl. 1 zu § 943; Planck Erl. 2 zu § 943; Staudinger Erl. c. zu § 943; Goldmann Lilienthal II § 19 Ziff. III, 4; Buhl S. 68.

Einfluß auf den Fortgang der Ersitzung einzuräumen [1]), ihn hindert nur, wie dies auch beim Erblasser der Fall gewesen wäre, die positive Kenntnis (wenn auch gegebenenfalls als dolus eventualis [2]).

Von der anderen Seite dagegen, welche auch für den Erben die bloße accessio possessionis nach § 943 zuläßt, wird entsprechend behauptet, der Erbe dürfe nicht grobfahrlässig sein und zwar in dem Augenblick, wo er den Besitz tatsächlich ergreife [3]). Demgegenüber ist einzuwenden [4]): Der nach § 937 Abs. 2 kritische Zeitpunkt des Eigenbesitzerwerbes ist, da der Erblasser hier Eigenbesitzer war, schon mit dem Erbfall gegeben, die tatsächliche Besitzergreifung bedeutet hier also nur Betätigung des vorher erworbenen Eigenbesitzes. Aber auch der Moment des Erbfalles kann für die Frage, ob grobe Fahrlässigkeit vorliege, nicht entscheidend sein, weil sich der Erbe regelmäßig dieses Moments des Besitzerwerbes garnicht bewußt wird, sich also hinsichtlich der Sache in gar keinem Glauben befindet, ihm erst recht nicht für diese Unkenntnis irgend eine Verantwortung zur Last gelegt werden kann [5]). Die Bestimmung des § 943 bezieht sich aber schon aus dem Grunde nicht auf die Rechtsnachfolge im Wege der Erbfolge, weil der Erbe unmittelbar die rechtliche Persönlichkeit des Erblassers fortsetzt, in vermögensrechtlicher Beziehung als mit der Person des Erblassers

---

[1]) Der Erbe setzt die durch den Erblasser begonnene Ersitzung ja nur fort.

[2]) Siehe oben S. 78 ff.

[3]) Planck, Staudinger, a. a. O., auch Krause, S. 21 ff. in Anlehnung an Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts (8. Aufl.) I B., S. 833.

[4]) Ähnlich: Stahmer S. 55 ff.

[5]) Binder, S. 42: „Wer den Besitz erwirbt, ohne es zu wollen, den kann keine Willensschuld beim Besitzerwerbe treffen".

identisch aufzufassen, der Erbe demnach kein „Dritter" im Sinne der genannten Vorschrift ist [1]).

Wußte jedoch der Erblasser, daß er nicht Eigentümer der Sache war, die sich hinterher unter den Nachlaßgegenständen befindet, so kommt auch der Erbe mit dem Erbfall zunächst nicht in die Ersitzungslage, insbesondere kann man ihn in diesem Zeitpunkt, von dem Erfordernis des Eigenbesitzes ganz abgesehen, nicht schon als gutgläubig bezeichnen, wenn er auch weder wußte, daß die Sache nicht dem Erblasser und damit nicht zum Nachlaß gehörte, noch diese Unkenntnis sich irgendwie auf ein Verschulden zurückführen läßt. Denn in jedem Nichtvorhandensein eines bösen Glaubens erschöpft sich der Begriff der Gutgläubigkeit nicht. Sondern von gutem Glauben, wie er für den Beginn der Ersitzung gefordert wird, kann erst da die Rede sein, wo die Gelegenheit besteht, in schlechten Glauben zu geraten, wo sich nach einer der entgegengesetzten Richtungen hin positiv eine bestimmte Meinung in Hinsicht auf den individuellen Gegenstand bilden muß, oder der Betreffende, falls er die wahre Rechtslage nicht erkennt, dies selbst zu verantworten hat. Das ist also auch für den Erben notwendig der Moment, von welchem ab er die Sache als ihm gehörend besitzen will. Der Zeitpunkt des Eigenbesitzerwerbes [2]) ist demnach entscheidend für den selbständigen Beginn der Ersitzung durch den Erben [3]).

[1]) Siehe auch Dernburg III § 106 zu Note 9; Crome II § 179 Ziff. 1 a; Kuhlenbeck a. a. O.

[2]) Siehe S. 66.

[3]) Die Möglichkeit der Ersitzung für diesen Fall ist anerkannt in den Motiven III, S. 355, ferner von Staudinger a. a. O. und Cit.; Matthiass II § 20 S. 66 und Binder S. 43, desgleichen von Strohal, Erbrecht II S. 78 und Goldmann-Lilienthal § 19 Anm. 54, letztere beide ausdrücklich entgegen Dernburg a. a. O. zu Note 7, welcher sie für ausgeschlossen hält und zwar vornehmlich unter Hinweis auf das römische Recht. — Dort hing jedoch

3. Zeit.

Der Rechtssatz, daß einen bestimmten Zeitraum hindurch fortdauernder Besitz die Kraft hat, das Eigentumsrecht zu erzeugen, wurzelt weniger in den Grundgesetzen einer strengen Rechtslogik, als in ausgleichenden Zweckmäßigkeitsrücksichten [1]). Bei seiner Fassung galt es zwei Interessen gegeneinander abzuwägen: Auf der einen Seite das des Eigentümers und der allgemeine Grundsatz der Unverletzlichkeit einmal entstandenen Rechts, auf der anderen Seite das Interesse der Sicherheit im Rechtsverkehr und entsprechend das Bedürfnis, Tatsächliches, das, je länger es unangefochten besteht, umsomehr eine Präsumtion für sein Zurechtbestehen schafft, zum Recht zu sanktionieren. Letzteres überwog: Der Versuch ängstlicher Konservierung jedes einmal entstandenen Rechts darf gegenüber dem allgemeinen wirtschaftlichen Moment der Rechtssicherheit nicht zur Durchführung gelangen. Immerhin muß dem mit dem Rechtsverlust Bedrohten die Möglichkeit zur Wahrung seines Rechts tunlichst erhalten werden. Aus diesem Grunde entschied man sich auch dafür, als Frist, während der die Ersitzungslage andauern muß, den verhältnismäßig langen Zeitraum von zehn Jahren festzusetzen.[2])

---

die Regelung der Frage mit dem Erfordernis des titulus zusammen: Wer mala fide besitzt, hat zugleich keinen titulus, in welchen der Erbe succedieren könnte. Dem Erben kann mithin auch der eigene gute Glaube die Ersitzungslage wegen des mangelnden titulus nicht schaffen (Binder a. a. O. Anm. 21).

[1]) Protokoll III, S. 230: „Die Ersitzung ist ein Rechtsinstitut positiver Natur."

[2]) Dies war auch die Frist für die gewöhnliche Verjährung im A. L. R. I. 9. 620. — Protokolle a. a. O.: „In Anbetracht dessen, daß infolge der Anerkennung des Instituts der Ersitzung der Berechtigte sein Eigentum verliere, müsse die Dauer der Ersitzungszeit so hoch bemessen werden, daß eine solche Verletzung materiellen Rechts tunlichst vermieden werde. — In den Beratungen

a) Anrechnung.

Lediglich eine Folgerung aus dem geltenden Erfordernis des Eigenbesitzes ist, daß der Verlust des letzteren den Fortgang der Ersitzung ausschließt [1]). Gelangt demnach die Sache in den Besitz eines Dritten, so kann für diesen nur eine neue Ersitzung beginnen, und nicht etwa succediert er, wie im Falle des Todes des Ersitzenden der Erbe, in die conditio usucapiendi seines Besitzesvorgängers. Es müssen also auch in seiner Person sämtliche für den Beginn der Ersitzung bedingten Voraussetzungen vorliegen [2]), insbesondere darf seine Unkenntnis darüber, daß er Eigentum nicht erworben hat, anders wie beim succedierenden Erben nicht auf grobe Fahrlässigkeit zurückzuführen sein.

Wie aber nach Lage der Sache der Nachfolger im Besitz zum Zwecke des Nachweises seines Eigentums zu seinen Gunsten geltend machen kann, sein Vorgänger

---

zum Entwurf waren kürzere Fristen beantragt worden (siehe auch Zusammenst. d. gutachtl. Äuß. zum Entw. S. 169), so eine von 5 Jahren aus der Erwägung, daß die zehnjährige Frist für die Fälle zu lang sei, in welchen jemand wirklich vollständig titulierter Besitzer einer Sache sei, seinen Erwerbstitel jedoch nicht nachzuweisen vermöge. Die Mehrheit hielt jedoch diesen Grund nicht für zwingend, um von der Feststellung der zehnjährigen Frist abzugehen. (s. Prot. a. a. O.).

[1]) § 937 Abs. 1. — Siehe jedoch § 940 Abs. 1.

[2]) Maenner (§ 25 Anm. 48) nimmt freilich entgegen der herrschenden Ansicht an, daß § 943 auch für den Sondernachfolger eine Succession in die Ersitzungslage ausspreche. Er verweist dabei auf die bereits erwähnte Stelle in den Motiven (III S. 353), daß die Ersitzungslage, wenn auch kein Recht, doch eine Rechtsposition ist, welche ebenso wie das Eigentum im Wege der Singular wie Universal-succession übertragen wird. — Dagegen ausdrücklich Biermann und Planck Erl. 1 zu § 943. Die Auffassung verbietet sich auch schon durch den Wortlaut dieser Bestimmung: „Die Ersitzungszeit kommt zustatten“ d. h. der Nachfolger kann sie sich anrechnen. Weitere Vorteile sind ihm damit nicht zuerkannt.

habe zufolge Vollendung zehnjähriger Ersitzungszeit die Sache ersessen, so wird ihm aus dem gleichen Grunde die Berufung auf eine zugunsten des Vorgängers erst abgelaufene Teilfrist zuzubilligen sein [1]). Demgemäß ist in § 943 ausdrücklich angeordnet, daß, wenn die Sache durch Rechtsnachfolge in den Eigenbesitz eines Dritten gelangt, die während des Besitzes des Rechtsvorgängers verstrichene Ersitzungszeit dem Dritten zustatten kommt. Die Fassung läßt kaum einen Zweifel darüber aufkommen, daß eine Anrechnung nicht stattfinden kann, wenn bei dem Vorgänger die Voraussetzungen der Ersitzung nicht gegeben waren [2]), ebensowenig wie dem Erben soll dem Nachfolger hier die bloße Besitzzeit des Vorgängers zugute kommen.

Bestritten war jedoch, wann man die Sache als durch Rechtsnachfolge in den Eigenbesitz des Dritten gelangt anzusehen habe, und zwar erläuterte Planck in früheren Auflagen den § 943 dahin, daß seine Voraussetzung nur vorliege, wenn der bisherige Besitzer dem neuen Besitzer sein Recht zum Besitze der Sache oder, falls er ein solches nicht hat, doch die ihm in Ansehung der Sache zustehende Rechtsposition übertragen habe [3]).

Da unter dem „Recht zum Besitze" nur das Eigentum verstanden werden kann [4]), so traf diese Auffassung

---

[1]) Ähnlich ist auch die Aufnahme der accessio temporis, für die Verjährung durch § 221 in den Mot. (I, S. 341) begründet.

[2]) Durch die Abtretung der Sache kann die Ersitzung nicht beschleunigt werden, wo sie sonst nicht eingetreten wäre

[3]) Planck, Erl. 1 zu § 943 in Verbindung mit Erl. 2 zu § 221 in der 1. und 2. Aufl.

[4]) Andere Rechte, welche zum Besitze der Sache berechtigen (wie Pfandrecht, Nießbrauch oder das Recht des Mieters, Pächters, Entleihers) bleiben schon aus dem Grunde außer Betracht, weil durch die in Verbindung mit der Rechtsübertragung vorgenommene Besitzüberlassung der Dritte nicht im Wege der Rechtsnachfolge Besitz erwirbt, sondern sein Besitz nur ein ab-

schon deshalb nicht zu, weil die Ersitzung als Eigentumserwerbsart doch gerade nur in den Fällen zur Anwendung kommen kann, wo eine wirksame Rechtsübertragung (nach 932) nicht stattgefunden hat. Durch eine Rechtsnachfolge allein würde aber auch die Sache noch nicht ohne weiteres „in den Eigenbesitz des Dritten gelangen" können; der Wortlaut des § 943 ist mißverständlich. In neueren Auflagen ist denn auch Planck unter Angabe ausführlicher Gründe[1]) der durchweg geltenden Meinung beigetreten, daß es für eine Anrechnung der Ersitzungszeit des Vorgängers lediglich darauf ankommt, ob der Erwerber den Besitz mit dem Willen seines Vorbesitzers erlangt hat. Nur um den consensualen Übergang des Besitzes handelt es sich also, ohne Rücksicht darauf, ob ein auf Übertragen des Rechtes zum Besitze gerichteter Vertrag vorgelegen hat. Denn die Grundlage für die Wirkung der Ersitzung ist der Besitz des Nichteigentümers gegenüber dem besitzlosen Eigentum.

Nur die Besitzfrage kommt mithin in Betracht und unter Rechtsnachfolge ist hier demnach die bloße Besitznachfolge zu verstehen. Als mit dem Willen des Vorbesitzers erlangt wird man aber den Besitz auch schon dann anzusehen haben, wenn der Dritte sich ihn zunächst ohne die Einwilligung des Vorgängers nach § 854 Abs. 1 verschaffte, später aber dessen Zustimmung erhält. Wie überhaupt für die Anwendbarkeit des § 943 allein entscheidend ist, ob die Erlangung des Besitzes sich nicht als verbotene Eigenmacht dar-

---

geleiteter (§ 868) ist. Auch müßte, um überhaupt von einer wirksamen Rechtsübertragung reden zu können, der Fall schon so liegen, daß z. B. ein Pfandgläubiger, der sich für den Eigentümer hält, einem Dritten gemäß § 1208 Satz 2 das Pfandrecht wirksam überträgt, der Dritte aber in gutem Glauben ist, Eigentum erworben zu haben.

[1]) Planck a. a. O. in der 3. Aufl.

stellte. Diese schließt zwar an sich die Gutgläubigkeit des Dritten nicht aus, sie hindert aber die Anrechnung der zugunsten des Besitzvorgängers bereits gelaufenen Ersitzungszeit. Der Besitzerlangung mit dem Willen des Vorgängers wird hingegen, wie aus § 858 zu schließen ist, vornehmlich diejenige gleichzustellen sein, welche durch eine auf Besitzüberlassung gerichtete rechtskräftige Verurteilung erwirkt wurde [1]).

In dem vielfach an einschlägiger Stelle besprochenen Falle, daß die Überlassung des Besitzes an den Dritten unter einer auflösenden Bedingung oder Befristung geschah, ist die Besitznachfolge nach Eintritt der Bedingung oder des Endtermins anzunehmen, sobald der Besitz an den Veräußerer mit dem Willen des Zwischenbesitzers oder auf Grund rechtskräftigen Urteils zurückkommt. und letzterer kann sich sowohl seine eigene frühere, wie diejenige Ersitzungszeit des Zwischenbesitzers zur Anrechnung bringen [2]).

Nimmt nach dem Tode des Ersitzenden ein Dritter die Sache in Besitz, so bedeutet dieser Besitzverlust ein Hindernis für den Fortgang der Ersitzung, in welche der Erbe mit dem Erbfall ohne weiteres einrückte. Dies würde an sich unterschiedslos auch dann zu gelten

---

[1]) Vergl. Planck Erl. 2, b zu § 221. — Die Anrechnung jedoch selbst dann zuzulassen, wenn der Vorgänger zwar nicht willens, auch nicht verurteilt, aber doch rechtlich verpflichtet war, seinen Besitz zugunsten eines anderen aufzugeben, und dieser den Besitz in irgend welcher Art tatsächlich erlangte, möchte nicht angehen. Siehe jedoch Staudinger Erl. 5 zu § 221. Dagegen Planck a. a. O. — Staudinger (Erl. III zu § 858) bezeichnet jedoch selbst in Übereinstimmung mit Planck (Erl. 1, c zu § 858) eine solche eigenmächtige Besitzerlangung lediglich auf Grund eines ius possidendi grundsätzlich als verbotene Eigenmacht.

[2]) Vgl. Dernburg § 106 Anm. 9 u. Cit.; Matthiass II S. 64, während Maenner (§ 25 Note 48) an Hand der Mot. III S. 353 in diesem Falle keine Rechtsnachfolge für gegeben, trotzdem aber die accessio possessionis für nötig hält.

haben, wenn der Dritte Erbschaftsbesitzer ist [1]). Kommt dieser mit der Besitzergreifung auf Grund gutgläubigen Eigenbesitzes in die Ersitzungslage, so vermag eine Einrechnung der für ihn gelaufenen Ersitzungszeit zugunsten des Erben, wenn dieser den Besitz der Sache von dem Erbschaftsbesitzer wieder erlangt, nach § 943 an sich nicht Platz zu greifen, da der Erbschaftsbesitzer inbetreff des Besitzes der Sache als Rechtsnachfolger nicht gelten kann.

Deshalb mußte, um den Erben in Verfolgung des gleichen Gedankens, welcher der Entstehung des § 2019 Abs. 1 [2]) zugrunde liegt, vor Nachteilen durch die Besitzentziehung zu schützen, die Funktion des § 943 auf diesen Fall, wo es sich um keine Besitznachfolge handelt, durch eine Sonderbestimmung ausgedehnt werden: Die Ersitzungszeit, die zugunsten eines Erbschaftsbesitzers verstrichen ist, kommt dem Erben zustatten (§ 944). Dem Wortlaute nach geht hieraus freilich nicht unbedingt hervor, daß die Besitzergreifung durch den Erbschaftsbesitzer als Besitzerlangung im Wege der Rechtsnachfolge gelten, daß also dem Erben nicht nur die Ersitzungszeit während des Erbschaftsbesitzes, sondern auch die bei Lebzeiten des Erblassers und nach dessen Tode bis zur Besitzergreifung durch den Erbschaftsbesitzer bereits zu seinen Gunsten verstrichene Ersitzungszeit zugute kommen soll. Dies ist aber, wie eben zu erklären versucht wurde, offensichtlich der gewollte Sinn der Vorschrift; der Ersitzungsbesitz

---

[1]) § 2018: Erbschaftsbesitzer ist, wer auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt hat.

[2]) („Als aus der Erbschaft erlangt, gilt auch, was der Erbschaftsbesitzer durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt") in Verbindung mit § 2018. Vgl. auch Planck u. Staudinger Erl. zu § 944.

des Erbschaftsbesitzers ist so anzusehen, wie wenn er Ersitzungsbesitz des Erben selbst wäre; durch den Besitzerwerb des Erbschaftsbesitzers tritt keine Unterbrechung der Ersitzung ein [1]).

Da in seiner Person nur selbständig eine neue Ersitzung beginnen kann, so darf er weder wissen, noch grobfahrlässig in Unkenntnis darüber sein, daß die Sache nicht zum Nachlaß gehört, er muß sich aber ebenso in entschuldbarem Irrtum darüber befinden, daß er der Erbe sei [2]). Einer gegenteiligen Meinung [3]), daß der Erbe nur bezüglich der Zugehörigkeit der Sache zur Erbschaft, nicht aber bezüglich seiner Erbenqualität gutgläubig sein müsse, widerspricht die Fassung, daß nur die zugunsten des Erbschaftsbesitzers verstrichene Ersitzungszeit dem Erben zustatten kommen soll. Zu seinen Gunsten kann aber eine Ersitzung nicht beginnen, wenn er weiß oder nur zufolge grober Fahrlässigkeit nicht weiß, daß er nicht der Erbe ist.

Die Vergünstigung der Anrechnung wird dem Erben zuteil ohne Unterschied, ob sich vor der Besitzergreifung durch den Erbschaftsbesitzer bereits der

---

[1]) Vgl. auch Planck a. a. O. und Biermann Erl. zu § 944. — Für eine bloße Anrechnung der für den Erbschaftsbesitzer gelaufenen Ersitzungszeit, auf die der Erbe aber dann jedenfalls beschränkt ist, wenn der Erblasser nicht Ersitzungsbesitz hatte, der Erbe also durch den Erbfall nicht in die Ersitzungslage kommt, würde auch vielfach die Vorschrift des § 943 schon ausreichen. Denn der Übergang des Besitzes vom Erbschaftsbesitzer auf den Erben wird sich wohl in der Mehrzahl der Fälle als Besitznachfolge auffassen lassen.

[2]) So Planck, Biermann, Matthiass a. a. O.; Goldmann-Lilienthal II § 19 Anm. 55.

[3]) Staudinger a. a. O. u. Cit. — Die Ausführungen in den Protokollen (III S. 236 ff.), auf die sich diese Auffassung stützt, bezogen sich auf eine Fassung, in welcher die entscheidenden Worte „z u g u n s t e n eines Erbschaftsbesitzers“ gerade fehlten (Biermann a. a. O.)

Erblasser in der Ersitzungslage befand oder nicht.[1]) Andererseits darf der Erbe gleichfalls bei der Erlangung bezw. bei der Wiedererlangung des Besitzes nicht grobfahrlässig handeln. Denn auch letzterenfalls muß in seiner Person eine neue Ersitzung beginnen (§ 942 Satz 2), da § 944 ihm nur den Vorteil einer Anrechnung der vorhergegangenen Ersitzungszeiten gibt, er damit aber jenes Mindestmaßes von Sorgfalt nicht entbunden wird.

Vollendet sich bereits während des Besitzes des Erbschaftsbesitzers die zehnjährige Ersitzungszeit, wobei auch ihm, dem inneren Grundgedanken des § 944 entsprechend, daß er inbetreff des Besitzes der Sache als Rechtsnachfolger gelten soll, die etwaigen voraufgegangenen Ersitzungszeiten des Erblassers und des Erben einzurechnen sind[2]), so geht die Sache in das Eigentum des Erbschaftsbesitzers über[3]). Denn § 2026 schließt offenbar die Ersitzung an sich für den Erbschaftsbesitzer nicht aus, nur kann er sich auf die „Ersitzung" der Sache dem Erben gegenüber nicht berufen d. h. der Erbe kann die vom Erbschaftsbesitzer ersessene Sache als für ihn erworben in Anspruch nehmen, so-

[1]) Auch hinsichtlich einer Sache, die sich nicht von Anfang an unter den Nachlaßgegenständen befand, aber durch den Erbschaftsbesitzer mit Mitteln der Erbschaft durch Rechtsgeschäft erworben wurde, kommt, wenn das Rechtsgeschäft unwirksam war, der Erbschaftsbesitzer sich aber in gutem Glauben an sein Erbrecht und die Gültigkeit des Erwerbsaktes befand, die jeweilige Ersitzungszeit dem Erben nach dem in § 2019 enthaltenen Grundsatze zustatten.

[2]) Vgl. Lessing S. 611.

[3]) Vgl. Planck Erl. 2 a. E. zu § 944 u. Crome § 405 Note 32. (z. B. steht ihm gegen einen Dritten, der nicht Erbe ist, der Herausgabeanspruch aus dem Eigentum zu). — Buhl S. 71, Biermann Erl. zu § 944 u. Goldmann-Lilienthal II § 19 zu Anm. 65 dagegen nehmen an, daß infolge der Ersitzung durch den Erbschaftsbesitzer unmittelbar dem Erben das Eigentum erworben werde.

lange nicht der Erbschaftsanspruch verjährt ist[1]). Tritt letzteres jedoch ein, so fällt die Beschränkung fort[2]), anderenfalls kann der Erbe die Sache mit der Erbschaftsklage als Mehrung der Erbschaft herausverlangen (vergl. § 2019); bis zur Verjährung des Erbschaftsanspruches besteht also ein Schwebezustand.

Hat dagegen, im Falle der Erblasser sich im Ersitzungsbesitz befunden hatte, der Erbschaftsbesitzer den bedingten guten Glauben hinsichtlich seiner Erbberechtigung oder der rechtlichen Zugehörigkeit der Sache zur Erbschaft nicht, so kann die Unterbrechung der Ersitzung des Erben nur nach Maßgabe des § 940 Abs. 2 aufgehoben werden[3]). Dieser Bestimmung zufolge findet also eine Anrechnung der Besitzzeit eines Dritten sogar dann statt, wenn der Dritte schlechtgläubig oder wenn er zwar gutgläubig, aber nicht in obigem Sinne Besitznachfolger und auch nicht Erbschaftsbesitzer war.

b) Hemmung.

Der Eigentümer kann den ihm drohenden Rechtsverlust dadurch abwenden, daß er dem Ersitzenden sein Recht an der Sache nachweist und so dessen guten Glauben ausschließt. Aber auch dieser Nachweis wird nur in vereinzelten Fällen ohne Beschreitung des Rechts-

---

[1]) Mot. III S. 356: Die Ersitzung des Putativerben als solchen kann die Erbschaft wohl mehren, aber nicht mindern; denn es würde zu einer Inkonsequenz führen, wenn der Putativerbe, welcher nicht durch Ersitzung an die Stelle des wahren Erben in Ansehung der Erbschaft als eines Ganzen treten kann, die Rechte als Erbe an einzelnen Sachen durch Ersitzung gewinnen könnte.

[2]) Auch Buhl S. 72: „d. h. er kann geltend machen, daß er durch sie nach den gewöhnlichen Regeln Eigentümer geworden sei, also nicht erst von der Verjährung des Erbschaftsanspruches, sondern schon von dem Ende der Ersitzungszeit ab."

[3]) Über § 940 siehe das Nähere im Abschnitt c. dies. Kap.

weges zu führen sein. Das gegebene Mittel, die Sache der Ersitzung durch den Gegner zu entziehen, ist also allgemein die gerichtliche Geltendmachung des Eigentumsanspruches (§ 985). Letzterer können jedoch Hinderungsgründe entgegenstehen. Sind sie solcherart, daß während ihrer Dauer kraft positiver Norm die Verjährung des Anspruches ruht, so rechtfertigt es sich von selbst, daß diesen Hindernissen an der Rechtsverfolgung der gleiche hemmende Einfluß auf den Fortgang der Ersitzung eingeräumt wird. Denn die Ersitzung bildet die „Kehrseite der Verjährung des dinglichen Anspruches“ [1]), beide gehen darum hier Hand in Hand; wo die eine gehindert ist, soll auch die andere nicht laufen. In der Anerkennung dieses im § 939 [2]) enthaltenen Grundsatzes kommt mithin gleichfalls die oberste Rechtsmaxime der Gesetzgebung, der Schutz des materiellen Rechtes, zum Durchbruch [3]).

Doch nicht jedes unverschuldete tatsächliche Hindernis für die Verfolgung des Eigentumsanspruches kann Berücksichtigung finden. Nur solche Gründe kommen für die Verjährung und damit zugleich für die Ersitzung als hemmend in Betracht, die nicht lediglich in der Person des Eigentümers [4]), sondern in äußeren Zuständen und Ereignissen liegen. So insbesondere ist

---

[1]) Vgl. Motive III S. 354.

[2]) § 939: Die Ersitzung kann nicht beginnen und falls sie begonnen hat, nicht fortgesetzt werden, solange die Verjährung des Eigentumsanspruches gehemmt ist oder ihrer Vollendung die Vorschriften der §§ 206, 207 entgegenstehen.

[3]) Prot. III S. 231: Die Voraussetzung für den Eigentumserwerb durch Ersitzung sind nicht gegeben, wenn der wahre Eigentümer infolge objektiver oder auch subjektiver Hindernisse der Rechtsverfolgung außerstande gesetzt ist, die aus dem Besitze des Andern sich ergebende Vermutung für das Eigentum des Andern dadurch zu widerlegen, daß er seinerseits die Eigentumsklage erhebt und seine Ansprüche zur Anerkennung bringt.

[4]) Vgl. schon oben T. 8 Anm. 1.

es nach der gedachten Richtung hin unerheblich, ob der Berechtigte wegen schuldloser Unkenntnis von seinem Eigentum oder über die Person des Besitzers, Abwesenheit oder Krankheit [1]) seinen Anspruch nicht geltend machen konnte. Die Umstände, unter welchen die Hemmung der Ersitzung eintritt, sind vielmehr in den §§ 202—204 in Verbindung mit § 939 in ausschließender Weise festgelegt.

Die Bestimmung des § 202 in Verbindung mit § 939 bezeichnet als rechtlichen Hinderungsgrund, von den im Abs. 2 benannten Ausnahmen abgesehen [2]), den Fall, daß der Besitzer vorübergehend zur Verweigerung der Herausgabe der Sache berechtigt ist (§ 986). Der mehrfach hierher erhobene Einwand [3]), solchenfalls sei guter Glaube des Besitzers praktisch nicht möglich und die Ersitzung damit nicht nur gehemmt, sondern überhaupt ausgeschlossen, trifft in dieser Allgemeinheit nicht zu. Ausnahmen sind wohl denkbar. So, wenn der Erbe von dem Mietverhältnis, dem Nießbrauch nichts wußte und den Gegenstand für Eigentum des Erblassers hält. Daß vor dem Fortfall des Hemmungsgrundes, etwa der Beendigung des Mietverhältnisses, die Ersitzung nicht beginnen kann, ist jedoch nicht so zu verstehen, als ob an die Stelle des im allgemeinen für den Beginn der Ersitzung ent-

---

[1]) A. A. Hölder Erl. 2 und Staudinger Erl. 3 zu § 203, welche schwere unverschuldete Krankheit als höhere Gewalt im Sinne des § 203 bezeichnen unter Zugrundelegung der weiteren Auffassung dieses Begriffes, daß unter ihm jeder ungewöhnliche Zufall, auf welchen man nicht gefaßt war und nicht gefaßt sein mußte (Hölder), jeder unabwendbare Zufall (Staudinger in Anlehnung an § 233 C. P. O. und § 44 Str. G. B.) zu verstehen sei. Dagegen ausdrücklich Planck Erl. 1 zu § 203 und Dernburg I Anm. 12 zu § 180.

[2]) Wenn der Eigentümer das gegnerische Recht zu beseitigen selbst in der Lage ist.

[3]) Planck Erl, 1 a zu § 939, Großmann S. 34; Schaefer S. 34.

scheidenden Zeitpunktes hier der Moment trete, in welchem der Hemmungsgrund wegfällt, sodaß in diesem letzteren der Besitzer nicht in grobfahrlässiger Unkenntnis über das mangelnde Eigentum sein dürfte. Sondern der für den Beginn kritische Augenblick ist auch hier wie allgemein der voraufliegende Zeitpunkt des Eigenbesitzerwerbes. Dies ist dem Wortlaut des § 939 („Die Ersitzung kann nicht beginnen, solange die Verjährung des Eigentumsanspruchs gehemmt ist") im Hinblick auf den § 205 zu entnehmen: Es wird lediglich der Zeitraum, während dessen der Hemmungsgrund besteht, in die Ersitzungsfrist nicht eingerechnet [1]).

Gleiches gilt für den Beginn der Ersitzung während des Bestehens eines der im § 204 genannten Pietätsverhältnisse [2]), das auch ihre Fortsetzung hindert; die Vorschrift weist für die Ersitzung in ihrer Verbindung mit § 939 keine Besonderheiten auf.

Dagegen gibt die Anwendung des § 939 in Verbindung mit § 203 zu Zweifeln Anlaß. Denn dem genauen Wortlaut nach würde sich die Bestimmung ergeben, daß eine Ersitzung, wenn der Eigentümer durch Stillstand der Rechtspflege oder in anderer Weise durch höhere Gewalt [3]) innerhalb der letzten 6 Monate der Verjährungsfrist an der Rechtsverfolgung gehindert und die Verjährung des Eigentumsanspruches demgemäß nach § 203 in dieser Zeit gehemmt ist, weder, wenn begonnen, fortgesetzt noch auch beginnen kann. Es würde also auch dann, wenn die nach § 203 bedingten Voraussetzungen zu Beginn der Er-

---

[1]) Vgl. Planck Erl. 2 a. a. O.

[2]) Zwischen Ehegatten, auch bei nichtigen oder anfechtbarer Ehe (Hölder Anm. a zu § 204, Matthiass I S. 285 gegen Staudinger und Planck Erl. zu § 204), zwischen Eltern und Kindern während der Minderjährigkeit der letzteren, zwischen Vormund und Mündel und umgekehrt.

[3]) Siehe oben S. 97, Anm. I.

sitzung, im Moment des Eigenbesitzerwerbes, vorliegen, der Zeitraum, während dessen das betreffende Ereignis den Lauf der Verjährung des Herausgabeanspruches beeinträchtigt, ebenfalls in den Lauf der Ersitzung nicht einzurechnen sein, dem Eigentümer mithin inbetreff der Ersitzung ein weitergehender Schutz als hinsichtlich der Verjährung zuteil werden.

Gleichfalls Unklarheiten enthält die Fassung des § 939 inbezug auf die Vorschriften der §§ 206 und 207. Wörtlich genommen würden die Vorschriften in ihrer Verbindung bedeuten, daß die Ersitzung nicht beginnen und nicht fortgesetzt werden kann, solange der Vollendung der Verjährung des Eigentumsanspruchs die Vorschriften der §§ 206, 207 entgegenstehen. Der dort unter den gegebenen Bedingungen festgesetzte Aufschub der Vollendung der Verjährung des Eigentumsanspruches würde demnach seinen hemmenden Einfluß auf den Fortgang der Ersitzung auch in einem Zeitpunkte ausüben, wo diese erst begonnen hatte oder beliebig im Laufe begriffen war. Und zwar würde die Ersitzung mit Ablauf der 6 Monate nach dem im §§ 206, 207 bestimmten Zeitpunkt weiterlaufen, dies auch dann, wenn die Vorschriften der §§ 206, 207 innerhalb der letzten 6 Monate der Ersitzungsfrist die Vollendung der Verjährung des Eigentumsanspruches hinderten, sodaß die zehnjährige Ersitzungsfrist in jedem Falle um den Zeitraum, welcher der Dauer der „Ablaufshemmung" der Verjährung entspricht, einfach verlängert und der Rest erst demnächst ablaufen würde [1]).

---

[1]) Denkbar wäre bei dieser Auslegung der fraglichen Bestimmung zum andern, daß die Ersitzung sich vollendete, obgleich während der ganzen Ersitzungszeit die Voraussetzungen der §§ 206, 207 vorliegen. (Vgl. das Beispiel bei Goldmann-Lilienthal II § 19 Anm. 57 S. 89: Der Veräußerer war zur Zeit der Eigentumsübertragung geisteskrank. Der Erwerber erfährt dies erst nach

Durchaus anders ist aber die allgemeine Auffassung von der Beziehung des § 939 zu den §§ 206, 207. Ihr zufolge handelt es sich lediglich um eine analoge Verwertung dieser hinsichtlich der Verjährung geltenden Vorschriften für die Ersitzung. Sie findet sich auch in den Motiven [1]) angedeutet, wonach „eine subjektive Behinderung an der Klageerhebung in gleicher Weise berücksichtigt werden soll, wie solche bei der Anspruchsverjährung Berücksichtigung findet", und ist gestützt auf eine Bestimmung des ersten Entwurfs. Dort hieß es in § 884 Satz 2 E. I: Die Vorschriften der §§ 166, 167 (der heutigen §§ 206, 207) finden entsprechende Anwendung. In den Beratungen der zweiten Kommission beschloß die Mehrheit, „den § 884 seinem sachlichen Inhalte nach beizubehalten" [2]), sodaß die Abweichung der jetzigen von der damaligen Fassung nur eine redaktionelle sein kann [3]). Die vom Gesetz gewollte Anwendung der §§ 206, 207 für die Ersitzung bietet danach keine Schwierigkeit [4]).

---

10 Jahren, zu welcher Zeit auch der Veräußerer erst einen Vormund erhält. Daß dieser während der ersten 10 Jahre geschäftsunfähig und ohne gesetzlichen Vertreter war, hindert den Lauf der Verjährung des Eigentumsanspruches nicht und der Vollendung der Ersitzung würde nichts entgegenstehen.)

[1]) Mot. III S. 354.

[2]) Prot. III S. 231.

[3]) Siehe Goldmann-Lilienthal a. a. O.

[4]) Die Ersitzung kann, wenn der Eigentumsanspruch einer geschäftsunfähigen oder geschäftsbeschränkten Person zusteht, welche ohne gesetzlichen Vertreter ist, oder wenn er zu einem Nachlasse gehört oder sich gegen einen Nachlaß richtet, sich erst 6 Monate nach dem Zeitpunkte vollenden, in welchem jene Personen unbeschränkt geschäftsfähig werden oder der Mangel der Vertretung aufhört bezw. in welchem die Erbschaft angenommen oder der Konkurs über den Nachlaß eröffnet wird oder von welchem an der Anspruch von einem Vertreter oder gegen einen Vertreter geltend gemacht werden kann.

Und entsprechend ist auch die oben erwähnte Vorschrift des § 203 nur analog anzuwenden [1]).

Den Beweis der Hemmung bezw. des Aufschubs hat der Gegner des Ersitzenden zu führen.

Mit dem Zeitpunkte, in welchem der Besitzer während der Ersitzungszeit in nachträglichen bösen Glauben kommt, in welchem er also erfährt und subjektiv überzeugt wird, daß ihm Eigentum an der Sache nicht zusteht, bricht der Lauf der Ersitzung ab. Die Möglichkeit, daß derselbe Besitzer später wieder gutgläubig wird, hat normalem Ermessen nach als ausgeschlossen zu gelten [2]). Die nachfolgende Schlechtgläubigkeit muß also bei dem gegenwärtigen Besitzer ihrer Natur nach als ein bleibender Zustand, die durch sie herbeigeführte Unterbrechung der Ersitzung als eine endgültige angesehen werden.

---

[1]) S. Biermann, Erl. 1 zu § 939, aber auch Planck, Erl. 2 Abs. 2 zu § 939 in der Verweisung auf die Unterabschnitte der Erl. 1, a. d. h. ist der Eigentümer an der Rechtsverfolgung durch Stillstand der Rechtspflege oder sonst höhere Gewalt gehindert, so hemmt diese Verhinderung die Ersitzung nur dann, wenn sie innerhalb der letzten 6 Monate der Ersitzungsfrist eingetreten ist.

[2]) Vgl. Motive III S. 355; Biermann Erl. 2 zu § 941; Staudinger und Planck Erl. 2 zu § 937. Die Anführung bei letzterem, der gegenwärtige Besitzer könne freilich etwa nach Rückgabe der Sache an den vermeintlichen oder wirklichen Eigentümer von neuem den Eigenbesitz in gutem Glauben erwerben, enthält keine Ausnahme, da solchenfalls ein vollständig anderer neuer Fall der Ersitzung vorliegt. — Immerhin wäre es vorstellbar, daß der Besitzer, der bisher gutgläubig war, nunmehr aber sein Nichteigentum erkennt, in absehbarer Zeit, etwa aus Vergeßlichkeit, in einem entscheidenden Augenblick die Sache doch wieder für sein eigen hält. Doch wird dann zugleich durchweg grobe Fahrlässigkeit anzunehmen sein. Die in dem I. Entwurf § 886 Halbsatz 2 aufgenommene Vorschrift, daß die mala fides superveniens notwendig eine dauernde Unterbrechung herbeiführe, wurde lediglich mit der Begründung gestrichen, daß es nicht unzweifelhaft sei, ob der Satz für alle Fälle richtig sei (Prot. III S. 234).

c) Unterbrechung.

Anders, wenn der Besitzer des anderen Elementes der Ersitzung, des Eigenbesitzes verlustig ging. Die damit verbundene (§ 940 Abs. 1 [1]) ebenso wie die nach § 941 verursachte Unterbrechung kann mit der Wiedererlangung des Eigenbesitzes bezw. nach dem Wegfall des nach § 941 unterbrechenden Umstandes wieder behoben werden. Es muß aber, während im Falle einer bloßen Hemmung nach Fortfall des Hemmungsgrundes die Ersitzung einfach weiterläuft und die etwa schon vorausgegangene Ersitzungszeit in Ansatz kommt (arg. § 205), hier die Ersitzung selbständig wieder von neuem beginnen, sodaß sowohl die vor der Unterbrechung verstrichene Ersitzungszeit außer Anrechnung bleibt, als auch die für den Beginn einer Ersitzung nach § 937 bedingten Voraussetzungen, insbesondere also auch in Ansehung der grobfahrlässigen Unkenntnis von dem Nichteigentum, vorliegen müssen (§ 942) [2]).

Da der Eigenbesitz Besitz ist mit dem Willen des Besitzers, die Sache als ihm gehörend zu besitzen, so bedeutet der Wegfall eines dieser Elemente seinen Verlust. Für letzteren kommen somit einerseits, ebenso wie für den Eigenbesitzerwerb, die allgemeinen Besitzregeln, vornehmlich also § 856 in Frage, zum anderen ist für die besondere Art, den Verlust des Eigenbesitzes

---

[1]) Der in § 940 Abs. 1 enthaltene Satz geht inhaltlich schon aus § 937 Abs. 1 hervor; auch für die Regelung der Beweislast war er in Hinsicht auf § 938 entbehrlich. Seiner Aufnahme bedurfte es aber wegen der in Abs. 2 angeknüpften Einschränkung (Planck Erl. 1 zu § 940).

[2]) Die nochmalige Hervorhebung dessen, was Unterbrechung gegensätzlich zur Hemmung im Sinne des Gesetzes bedeutet, auch für die Ersitzung, obgleich die analoge Anwendung des für die Verjährung aufgenommenen § 217 auf der Hand liegt, war lediglich von praktischen Gesichtspunkten geleitet (siehe Protokolle III S. 233).

durch Aufgabe des Eigentumswillens, im wesentlichen das Gleiche wie für den durch das Willensmoment charakterisierten Erwerb des Eigenbesitzes anzuführen [1]). Mit diesem Willensentschluß, die Sache nicht mehr zu eigen zu haben, wird freilich in den meisten Fällen überhaupt der Verlust des Besitzes als solchen oder doch der des guten Glaubens verbunden sein, so daß auch schon aus diesem anderen Grunde der Fortgang der Ersitzung ausgeschlossen wird und die Besonderheit jener Art der Unterbrechung der Ersitzung, allein durch den Willen zur Eigentumsaufgabe, nur äußerst selten praktisch hervortritt. Immerhin bedarf sie in Rücksicht auf einen solchen, wenn auch sehr vereinzelten Fall [2]), sowie theoretisch allgemein der Klarstellung.

Auch für den Willensentschluß, die Sache nicht mehr als eigene zu besitzen, ist, da er auf einen rechtlichen Erfolg gerichtet ist, Geschäftsfähigkeit zu erfordern. Zwar nicht Rechtsgeschäft [3]), aber auch nicht bloße Rechtshandlung [4]), ist er doch nicht rechtser-

---

[1]) Vgl. oben Teil III Kap. 1.

[2]) Auch in dem von Biermann (Erl. 1, b zu § 940) als Beispiel angeführten Falle einer Übertragung durch constitutum possessorium nach § 930 ist die Ersitzung fernerhin schon aus einem anderen Grunde, durch Verlust der bona fides ausgeschlossen, da der Veräußerer natürlicherweise mit der Übertragung nicht mehr den Glauben hat, daß die Sache ihm noch gehöre. — Anders, wenn etwa der bisherige Eigenbesitzer zwar Besitzer der Sache bleibt, aber den Eigentumswillen aufgibt, weil er sich aus einem fälschlichen Grunde nicht mehr für eigentumsberechtigt hält. Der gute Glaube ist solchenfalls nicht verloren (s. oben S. 70 ff.).

[3]) Denn der Erfolg tritt unabhängig davon ein, ob er gewollt ist (vgl. Mot. I S. 126 f.): Der Wille richtet sich darauf, kein Eigentum mehr an der Sache zu haben, der Erfolg ist Verlust des Eigenbesitzes.

[4]) Denn es ist ein auf einen Rechtserfolg gerichteter Wille erforderlich (vgl. Mot. a. a. O.).

heblich, sobald er von einem Geschäftsunfähigen ausgeht. Denn der Eigenbesitz einer Person, die bei dessen Erwerb geschäftsfähig oder wenigstens nur geschäftsbeschränkt war, wird dadurch noch nicht beendigt, daß Verlust der Willensfähigkeit eintritt. Er ist einmal realisiert und sind weitere Handlungen (Entschlüsse), etwa zu seiner Erhaltung, nicht erforderlich. Erst wenn der gesetzliche Vertreter den Eigentumswillen für den Vertretenen aufgibt, ist der Eigenbesitz als solcher verloren und die Ersitzung unterbrochen. Hinsichtlich des Geschäftsbeschränkten führt die entsprechende Anwendung der §§ 107 und 111 dazu, seinen selbständigen Willensentschluß zur Eigentumsaufgabe gleichfalls als unwirksam zu behandeln.

Ebensowenig wie für den zum Eigenbesitzerwerb erforderlichen Eigentumswillen kann für diesen Willen, die Sache fortan nicht mehr zu eigen zu haben, eine Kundgebung begriffsnotwendig sein [1]). Das Fehlen einer Erklärung als Merkmal zum Begriff dieses Aufhebungswillens hat naturgemäß zur Folge, daß die in den §§ 116 ff. für Willenserklärungen gegebenen Bestimmungen keine, wenigstens keine unmittelbare Anwendung hierher finden können. Deren bedarf es aber hier auch im allgemeinen nicht. Denn der innere Wille ist grundsätzlich doch das allein Entscheidende, seine etwaige Erklärung bedeutet nicht mehr als ein Mittel zu seinem Beweise, die sich eben als ein untaugliches Erkennungsmittel erweist, wenn sie von dem wahren inneren Willen abweicht. Zu letzterem wird nur im Falle einer Mentalreservation (analog § 116) eine billige Ausnahme anzunehmen und allgemein da, wo der innere Wille durch einen Irrtum im Beweggrunde geleitet ist, dieser Irrtum in derselben Weise wie bei einer Willens-

[1]) A. M. Planck Erl. 3, b zu § 872.

erklärung zu berücksichtigen sein (Fall des § 119 Abs. 2 und der arglistigen Täuschung nach § 123) [1]).

[1]) Die Frage, ob die Regeln der §§ 116 ff. für den § 940 analog heranzuziehen sind, wird teils schlechthin bejaht (Dernburg III § 107 Ziffer 5, a) teils schlechthin verneint (Staudinger Erl. 1, b und 2, a, Biermann Erl. 2 zu § 940; Goldmann-Lilienthal II § 19 Anm. 40). Hält man aber für den Begriff des Eigenbesitzes an dem Willensargument fest — und dies geschieht gerade seitens der Letztgenannten — so wird man consequenterweise auch hier hinsichtlich des bloßen Besitzes und des Eigenbesitzes als solchen unterscheiden müssen. Der Besitz als solcher ist zwar, wenn er zufolge Irrtums, arglistiger Täuschung, Drohung usw. aufgegeben war, trotzdem verloren (s. auch Mot. III S. 348, Staudinger Erl. I, 2, a. a. E. zu § 856 und Erl. I, 2 zu § 935, Goldmann-Lilienthal II § 17 Anm. 13, Biermann Erl. 3 zu § 935, aber auch Planck Erl. 2 zu § 935), inbetreff des den Verlust des Eigenbesitzes herbeiführenden Willens, das Eigentum aufzugeben, möchte sich dagegen des näheren noch folgendes anführen lassen:

Die Vorschriften der §§ 116 Abs. 2 und 117 scheiden schon deshalb für den hier fraglichen Willensakt aus, weil sie sich ausdrücklich auf empfangsbedürftige Willenserklärungen beziehen, aber auch noch aus dem weiteren Grunde, aus welchem auch eine entsprechende Anwendung des § 119 Abs. 1 nicht in Frage kommt, daß bei einer Divergenz zwischen Wille und Erklärung, die jene Bestimmungen behandeln, ersterer, weil allein begriffserheblich, ohne weiteres den Ausschlag gibt. Daraus ergibt sich aber auch von selbst die Bedeutungslosigkeit einer nicht ernstlich gemeinten Erklärung des Aufgebungswillens (Fall des § 118), er kann ebensowenig durch unrichtige Übermittlung entstellt werden (Fall des § 120). Eine Ausnahme von diesem Prinzip der Suveränität des inneren Willens wird aber für den Fall der Mentalreservation zuzulassen sein. Insoweit müssen die allgemeinen Verkehrsgrundsätze, die sich bei allen Erklärungen, auch wenn sie nicht begriffswesentlich sind, zunächst an die Erklärung zu halten bestrebt sind, billige Berücksichtigung finden, muß in Anbetracht der Täuschungsabsicht des Besitzers die wirksame Kraft von dem inneren Willen auf die Erklärung übergehen (arg. § 116 Abs. 1). Es ist weiterhin denkbar, daß der Willensentschluß die Sache nicht mehr zu eigen zu haben, durch eine falsche Vorstellung begründet war; etwa der Besitzer verwechselte die Sache. An sich müßte auch bei einem solchen Irrtum im Beweggrunde dem, wenn auch durch irrige Vorstellung verursachten, so doch wirklichen, wahren

Da also im Endergebnis in den für die Willenserklärungen durch die §§ 116 ff. geregelten Fällen[1]) ein Eigenbesitzverlust durch Aufgabe des Eigentumswillens nicht anzunehmen ist, so kommt der Abs. 2 des § 940[2]) garnicht hierher in Betracht, sondern er könnte nur für die Fälle von Bedeutung sein, in welchen der

---

Willen die Rechtswirkung, Verlust des Eigenbesitzes folgen. Es wird sich aber der Besitzer wie in dem durchaus identischen Fall des § 119 Abs. 2 auf diesen Irrtum im Motiv berufen können, wenn er sich auf eine wesentliche Eigenschaft der Person oder Sache erstreckt, worunter auch der „Irrtum über die Identität" des Gegenstandes fällt (Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft S. 442 ff. und S. 549 ff.). Eine solche motivierende falsche Vorstellung kann auch durch arglistige Täuschung hervorgerufen sein und der Besitzer sich nach Analogie des § 123 darauf berufen. Wurde er dagegen durch Drohung zu der, meist konkludenten, Erklärung veranlaßt, daß er die Sache nicht mehr zu eigen haben wolle, so bleibt sein innerer, rechtsgeschäftlicher Wille, die Sache zu eigen zu behalten, durch dieses äußere „als gewollt" Erklärte unberührt. Gewollt ist einzig die Erklärung, die vorgenommene Handlung als solche (nur der „unmittelbare, der Handlungswille" liegt vor, nicht der entferntere „Erfolgswille" — siehe Zitelmann in: Irrtum und Rechtsgeschäft), gewollt ist aber nicht das Erklärte; im Gegenteil trägt der Erklärende diesesfalls stets den, wenn auch vielleicht unbewußten, inneren Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen. Die Erklärung ist also aus natürlichen Gründen ohne Wirkung, da der innere Eigentumswille fortbesteht. (Siehe jedoch den bei Manigk, Anwendungsgebiet S. 153 ff. bezüglich des Erwerbs des Eigentumsbesitzes aufgestellten Satz, daß der auch ohne Erklärung erhebliche Wille, sobald er ausdrücklich oder konkludent erklärt wird, von der Rechtsordnung nunmehr in der Erklärung zu berücksichtigen sei, dementsprechend die §§ 116 ff. sämtlich unmittelbar analog anwendbar seien).

[1]) Bezw. in den Fällen des § 116 Abs. 2 und des Betrugs in § 123 nach rechtzeitiger Anfechtung (§ 142).

[2]) § 940 Abs. 2: Die Unterbrechung gilt als nicht erfolgt, wenn der Eigenbesitzer den Eigenbesitz ohne seinen Willen verloren und ihn binnen Jahresfrist oder mittelst einer innerhalb dieser Frist erhobenen Klage wiedererlangt hat. (Siehe oben S. 95 hinter Anm. 3.)

Besitz als solcher zwar zufolge Drohung oder Betrug usw. aufgegeben wurde, aber darum doch verloren ging[1]). Es liegt aber in solchen Fällen, wie überwiegend angenommen wird, ein Besitzverlust „ohne den Willen" des Besitzers nicht vor[2]).

Die allgemeine Anwendbarkeit des § 49 Abs. 2 setzt andererseits für den Fall des Verlustes im Wege einer Besitzentziehung nicht notwendig voraus, daß diese durch verbotene Eigenmacht geschah (§ 858), sondern der Besitz ist auch dann „ohne den Willen" des Besitzers verloren, wenn das Gesetz die Entziehung gestattete[3]). Gleichgültig ist es dagegen, auf welche Weise der Besitz wiedererlangt wurde, auch eine Wiedererlangung im Wege verbotener Eigenmacht steht demnach der Anwendung jener Vorschrift nicht entgegen[4]). Wurde sie im Wege der Klage erwirkt, so ist, was die Einhaltung der Ausschlußfrist betrifft, entscheidend, ob die Klage vor Ablauf eines Jahres nach dem Verlust erhoben wurde; auf diesen Zeitpunkt wird also derjenige der tatsächlich erfolgenden Wiedererlangung zurückgezogen, denn die Dauer des Rechtsstreites darf dem Ersitzenden nicht zum Nachteil gereichen[5]). Der Anspruch auf Rückgabe kann nicht nur possessorisch, sondern auch im petitorium geltend gemacht sein und „mittelst" der Klage ist der Besitz wiedererlangt auch dann, wenn er vom Beklagten oder einer Person, gegen die das rechtskräftige Urteil nach § 325 C. P. O. wirkt, freiwillig wieder eingeräumt worden ist[6]).

---

[1]) Siehe oben S. 105 Anm. I, 1. Abschnitt.

[2]) Siehe Motive III S. 348; Staudinger, Biermann, Goldmann-Lilienthal II a. a. O.; a. M. jedoch Planck a. a. O.

[3]) Etwa bei Pfändung durch den Gerichtsvollzieher (Biermann a. a. O.).

[4]) Mot. III S. 355.

[5]) Mot. a. a. O.

[6]) Planck Erl. 2, a zu § 940.

Die Unterbrechung soll „als nicht erfolgt“ gelten: Es kommt mithin sowohl die bis zum Verlust des Eigenbesitzes verstrichene Ersitzungszeit zur Anrechnung, als auch die Zwischenzeit zwischen Verlust und Wiedererwerb, obgleich doch während der letzteren grade die wesentliche Grundlage für die Ersitzung, der Besitz, nicht gegeben ist [1]). So kann sich der eigentümliche, auch in den Protokollen [2]) hervorgehobene Fall ergeben, daß die Sache von dem Ersitzenden an den Eigentümer, nach Ablauf eines Jahres aber durch Zufall wieder in die Hände des ersteren zurückgelangt und diesem damit die Besitzzeit des wahren Eigentümers zugute kommt.

Die Behauptung einer Unterbrechung der Ersitzung durch Eigenbesitzverlust bedeutet an sich ein Leugnen ihrer Voraussetzungen, sodaß der Ersitzende für das Gegenteil beweispflichtig wäre. Durch die in § 938 aufgestellte Vermutung ist jedoch dem Gegner die Beweislast dafür auferlegt, daß eine Unterbrechung eingetreten sei. Der Ersitzende kann sich dann durch den Nachweis helfen, daß die Unterbrechung nach § 940 Abs. 2 als nicht erfolgt zu gelten habe.

Daß der Tod des Ersitzenden keinen Eigenbesitzverlust mit sich führt, ist bereits oben [3]) an Hand der Vorschriften der §§ 857 und 1922 erörtert worden.

Wird gegenüber dem Ersitzenden der Eigentumsanspruch erhoben, so entspricht es dem Zweck der Ersitzung, welche ebenso wie die Verjährung nur einem unangefochtenen Zustande zur Rechtsbeständigkeit verhelfen soll, den Kläger, analog wie bei der Verjährung in § 209, vor der Möglichkeit zu schützen, daß in der

---

[1]) Nach dem Entwurf I § 885 (Abs. 3 letzter Halbsatz) sollte deshalb diese Zeit der Besitzentziehung nicht eingerechnet werden (s. Prot. III S. 232).

[2]) Siehe Prot. a. a. O. u. das. S. 231 den Antrag 2.

[3]) Siehe S. 84 ff.

Zeit, in welcher der Rechtsstreit anhängig ist, die Ersitzungsfrist etwa abläuft. Demgemäß ist zu seinen Gunsten durch § 941 die Prozeßdauer unschädlich gemacht: Die Ersitzung wird unterbrochen, wenn der Eigentumsanspruch gegen den Eigenbesitzer oder im Falle eines mittelbaren Eigenbesitzes gegen den Besitzer gerichtlich geltend gemacht wird, der sein Recht zum Besitze von dem Eigenbesitzer ableitet; die Unterbrechung tritt jedoch nur zugunsten desjenigen ein, welcher sie herbeiführt. Die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 209—212, 216, 219, 220 finden entsprechende Anwendung.

Diese Unterbrechung hat also, anders wie die durch Eigenbesitzverlust herbeigeführte, keine absolute Wirkung, sondern gilt relativ nur zugunsten des betreffenden Klägers und, in Hinsicht auf § 325 C. P. O., seiner Rechtsnachfolger. Die wesentliche Folge hieraus ist die, daß im Falle der Klage seitens eines Nichtberechtigten der untätig gebliebene Eigentümer sich auf die Unterbrechung nicht berufen kann [1]).

Ist der Ersitzende mittelbarer Besitzer, so unterbricht die Eigentumsklage, wie es § 941 ausdrücklich

---

[1]) Wohl aus diesem Gesichtspunkt war die Fassung beantragt worden (Protokolle III S. 234 Antrag I): „Die Ersitzung wird unterbrochen, wenn die Klage . . . von dem Eigentümer . . . erhoben wird". Sie wurde abgelehnt mit der Begründung, daß sie nicht alle hierher gehörigen Fälle decke. An welche Fälle man aber dabei gedacht hat, ist nicht zu ersehen. Denn die Unterbrechung der Ersitzung hat allein für den Eigentümer Bedeutung: Die nach dem jetzigen Wortlaut gegebene Möglichkeit, daß ein Nichteigentümer, weil er die Klage erhoben hat, sich auf sie berufen kann, ist unpraktisch und wertlos.

Die von Seiten eines Miteigentümers erfolgte Geltendmachung des Herausgabeanspruches führt nach § 1011 in Verbindung mit § 432 Abs. 2 gleichfalls keine Unterbrechung zugunsten der übrigen, nichtklagenden Miteigentümer herbei.

hervorhebt, wenn sie gegen den Besitzmittler erhoben ist; jedoch muß letzterer sein Recht zum Besitze vom Eigenbesitzer ableiten, der unmittelbare Besitzer darf also nicht lediglich zum Besitze nur verpflichtet sein [1]). Daß der Klage aber auch dann unterbrechende Wirkung zukommt, wenn sie im Falle eines solchen Besitzvermittlungsverhältnisses gegen den mittelbaren Eigenbesitzer selbst gerichtet ist, möchte zwar unmittelbar nach dem Wortlaut des § 941 als ausgeschlossen erscheinen, ergibt sich jedoch aus der Entstehungsgeschichte des Paragraphen. Dieser war von der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs in Hinsicht auf die Bestimmung des § 899 Abs. 2 des Entwurfs II beschlossen worden, wonach dem Eigentümer gegen den mittelbaren Besitzer ein Anspruch auf Überlassung des mittelbaren Besitzes nicht zustehen sollte. Letztere Vorschrift wurde aber in dem dem Reichstage vorgelegten Entwurfe gestrichen, wie denn auch die herrschende Meinung die ist, daß auch dem mittelbaren Besitzer gegenüber ein Eigentumsanspruch auf Herausgabe nach § 985, nämlich auf Übertragung des mittelbaren Besitzes, zulässig ist [2]). Zugleich mit der Streichung dieses § 899 Abs. 2 des Entwurfs II wurde nun ein Antrag, der in dem § 941 hinter den Worten „im Falle eines mittelbaren Eigenbesitzes“ die Worte „gegen den Eigenbesitzer oder“ einfügen wollte, als nur die Fassung betreffend der Redaktionskommission überwiesen,

---

[1]) So unterbricht die gegen den Finder der Sache gerichtete Klage die Ersitzung nicht. Denn der Finder ist zwar unmittelbarer Besitzer, er hat aber weder dem Verlierer gegenüber ein Recht zum Besitze, noch leitet er den Besitz vom Verlierer ab. (Siehe Fischer-Henle Anm. 4 zu § 941, Goldmann-Lilienthal II § 19 Anm. 48).

[2]) Siehe insbes. Planck Erl. 1, b zu § 985 u. die dort am Ende Cit. — A. A. Wendt i. Arch. f. civ. Prax. Bd. 87 S. 68 ff.

welche aber diese Verdeutlichung für entbehrlich erachtet hat [1]).

Hatte der Ersitzende den Besitz ohne seinen Willen verloren und wird nunmehr dem gegenwärtigen Besitzer gegenüber der Eigentumsanspruch geltend gemacht, so sprechen an sich, wenn der Ersitzende den Besitz der Sache binnen Jahresfrist oder mittelst einer bis dahin erhobenen Klage wiedererlangt und infolgedessen die Unterbrechung durch Eigenbesitzverlust nach § 940 Abs. 2 als nicht erfolgt gilt, Billigkeitsgründe dafür, daß in Anbetracht des Rechtsvorteiles dieser Anrechnung des Zwischenbesitzes auf der einen Seite auch auf der anderen dem Eigentümer, der doch allein gegen den Zwischenbesitzer klagen kann, dem Sinn des § 941 entsprechend die Prozeßdauer auch dieses Falls nicht zum Nachteil gereiche und die Ersitzung mit der Klage unterbrochen werde. Entgegen dem Standpunkt der II. Kommission, die zwar die Aufnahme einer ausdrücklichen Bestimmung dieses Inhalts ablehnte, aber doch voraussetzte, daß man auch ohne eine solche zu dem gleichen Ergebnis komme, nimmt man jedoch allgemein [2]) an, daß in diesem Falle die Ersitzung weiter läuft. Denn es spricht weder letztere Vorschrift [3])

---

[1]) Siehe Planck Erl. 3 zu § 941; vgl. ferner Grützmann i. sächs. Arch. f. bürgerl. R. Bd. V S. 765. — Ebenso Staudinger und Biermann Erl. 1 zu § 941; Goldmann-Lilienthal II § 19 zu Anm. 46; Endemann II S. 540. — A. A. jedoch Lessing (im sächs. Arch. S. 612 zu Anm. 1): Die Klageerhebung gegen den mittelbaren Eigenbesitzer sei ohne Einfluß auf den Lauf der Ersitzungsfrist, immerhin ein Grund für eine solche beschränkende Vorschrift, besonders angesichts ihrer Entstehung, nicht ersichtlich.

[2]) Siehe Planck, Biermann, Staudinger, Goldmann-Lilienthal (zu Anm. 48) a. a. O.; Maenner S. 203 Anm. 53.

[3]) Anders, wenn ihr zufolge der Besitzverlust als nicht erfolgt gelten würde, indem dann auch während der kritischen Zwischenzeit der Ersitzende als im Besitze der Sache, die Klage als gegen ihn gerichtet anzusehen wäre (s. Biermann a. a. O.).

selbst für die andere Entscheidung, noch kann sie aus § 941 hergeleitet werden, da diese ausdrücklich ein Besitzvermittlungsverhältnis verlangt.

Gerichtliche Schritte, welche bei der Verjährung der Klageerhebung gleichstehen und diese unterbrechen (§§ 209, 210, 220), sind auch hinsichtlich der Unterbrechung der Ersitzung der Erhebung der Eigentumsklage gleichgestellt (§ 941, Satz 2) [1]). Doch ist die Anwendung jener für die Verjährung geltenden Bestimmungen nur eine „entsprechende". Denn es kommen die in § 209 Abs. 2 unter Nr. 1—4 genannten Arten der gerichtlichen Geltendmachung eines Anspruchs hier nicht in Betracht[2]), was äußerlich schon daraus ersichtlich ist, daß in § 941 die Vorschriften der §§ 213—215 über Fortdauer und Wegfall der Unterbrechung in jenen Fällen nicht mit aufgeführt sind [3]).

Auch auf die Anerkennung (§ 208) des Eigentumsanspruches ist in § 941 kein Bezug genommen. Der Grund hierfür liegt offensichtlich darin, daß ein Anerkenntnis praktisch durchweg den Verlust des guten Glaubens im Gefolge hat.

---

[1]) Über die Vorschriften im einzelnen siehe Planck und Staudinger Erl. 2 zu § 941. — Die Dauer der Unterbrechung bestimmt sich nach den §§ 211, 219, 216, die Wirkung der Klagerücknahme und der Abweisung durch Prozeßurteil nach § 212.

[2]) So dient beispielsweise eine „Anmeldung" des Eigentumsanspruches im Konkurse (Nr. 2 des Abs. 2) nicht zur Unterbrechung der Ersitzung, weil nur für Ansprüche, die der Eintragung zur Konkurstabelle fähig sind, die Anmeldung die Bedeutung der Rechtshängigkeit haben kann und das Begehren der Aussonderung belanglos ist, sofern es nicht in Form der Klage erscheint.

[3]) Siehe jedoch Hachenburg S. 186: der freiwilligen Anerkennung komme dieselbe Wirkung zu, wie der Rechtsverfolgung, zumal sie den Verlust des Eigenbesitzes nicht notwendig zur Folge habe. — Es ist freilich denkbar, daß der Besitzer aus einem irrigen Grunde anerkannte, er also bezüglich des wahren Grundes für seinen Rechtsmangel gutgläubig blieb.

Ebenso wird eine Mahnung durch den Eigentümer [1]) vielfach Bösgläubigkeit des Ersitzenden herbeiführen, obwohl sie gleichfalls als gesetzlicher Grund zur Unterbrechung nicht zu gelten hat.

[1]) Wie auch eine gerichtliche Protestation, die dem G. G. B. überhaupt unbekannt ist.

IV. Anhang.

1. Ersitzung der Lastenfreiheit.

Mit der Ersitzung entsteht zwar selbständig ein neues Eigentum, durchaus unabhängig von dem Eigentum des Vormannes, die frühere Rechtlage setzt sich aber insofern fort, als Belastungen, die von dem Vormanne an der Sache Dritten eingeräumt waren, an sich auf das neuentstandene Eigentum übergehen. Diese Möglichkeit des Fortbestandes der von dem Vormanne bestellten Rechte an der Sache bildet jedoch keinen Einwand dagegen, daß die Ersitzung einen originären Erwerbsgrund darstelle. Dieser Rechtsnatur widerspricht der Satz nicht, daß man die Sache in dem Rechtszustande ersitzt, in welchem man sie in Eigenbesitz hat. Ohne weiteres wird also durch die Ersitzung kein von Rechten Dritter freies Eigentum erworben. Deren Erlöschen ist vielmehr an die in § 945 bestimmten besonderen Voraussetzungen geknüpft: Der Ersitzende darf bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes weder das betreffende Recht kennen, noch darf diese Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruhen, noch darf er später das Bestehen des Rechts erfahren, und es muß auch in Ansehung dieses Rechts eine besondere zehnjährige Ersitzungsfrist verstrichen sein[1]). Regelmäßig wird

[1]) Beweispflichtig hierfür und daneben für den Nachweis des Eigentumserwerbes durch Ersitzung ist derjenige, der das Erlöschen des Rechts auf Grund des § 945 behauptet (vgl. Goldmann-Lilienthal a. a. O. Anm. 64 u. Staudinger Erl. I zu § 945. A. M. Planck Erl. 1 zu § 945).

deren Ablauf mit dem der Ersitzungsfrist für das Eigentum zusammenfallen, wurde sie jedoch gehemmt oder unterbrochen [1]), während die Frist für die Eigentumsersitzung weiter lief, oder findet hinsichtlich der Eigentumsersitzung eine Anrechnung nach § 943, dagegen nicht bezüglich der Freiheitsersitzung statt, so entsteht dem Ersitzenden zunächst nur ein belastetes Eigentum. Umgekehrt kann aber die Ersitzung der Freiheit von dem Recht nicht früher, als die des Eigentums vollendet werden, da das belastende Recht nach dem Wortlaut des § 945 erst „mit dem Erwerbe des Eigentums durch Ersitzung" erlöschen soll.

Als Rechte Dritter im Sinne dieser Vorschrift kommen lediglich Nießbrauch und Pfandrecht in Betracht, letzteres kann jedoch auch ein gesetzliches oder ein Pfändungspfandrecht sein [2]). Das Recht muß aber vor dem Erwerbe des Eigenbesitzes begründet sein. Es bleibt also in jedem Fall ein Recht, das der Ersitzende selbst einem Dritten einräumte, sowie ein nach dem Ersitzungsbeginn von dem bisherigen Eigentümer durch Abtretung des Herausgabeanspruches nach § 1032 bestellter Nießbrauch bestehen [3]).

Weniger auf dem Wege einer ausdehnenden Auslegung, da § 945 die Möglichkeit einer Ersitzung der Freiheit des Eigentums von Rechten Dritter ausdrücklich nur als eine Wirkung des Eigentumserwerbes durch

[1]) § 945, Satz 2. Beispielsweise bestand zwischen dem Eigenbesitzer und dem berechtigten Dritten ein Verhältnis der in § 205 bezeichneten Art (§ 939) oder der Berechtigte machte seinen Anspruch gerichtlich geltend (§ 941). — Die übrigen der in § 945 Satz 2 bezuggenommenen Bestimmungen, § 940 (Eigenbesitzverlust) und §§ 943, 944 (accessio temporis) kommen für das Erlöschen der Rechte Dritter nicht selbständig, sondern nur mittelbar in Betracht (vgl. auch Planck a. a. O.).

[2]) Siehe Staudinger a. a. O. u. Erl. IV zu § 936 sowie Cit.

[3]) Siehe Biermann Erl. 1 zu § 945. — Das Pfandrecht kann in Hinsicht auf § 1205 hier nicht in Frage kommen.

Ersitzung zuläßt [1]), als durch Analogie wird man zu dem Ergebnis geführt, daß die Freiheit von solchen Belastungen auch dann ersessen werden kann, wenn das Eigentum bereits in anderer Weise, als durch Ersitzung erlangt worden war [2]). Dies ist eine Folgerung a maiori ad minus und auch aus dem Grunde gerechtfertigt, weil die Freiheitsersitzung in § 945 gegenüber der des Eigentums von gesonderten Voraussetzungen abhängig ist, sich also als ein durchaus selbständiges Rechtsinstitut darstellt [3]). Die Gleichstellung jeder anderen Eigentumserwerbsart im Vorliegenden mit der durch Ersitzung findet sich auch in den Materialien hervorgehoben, die ursprünglich beantragte ausdrückliche Annahme dieser analogen Weiterung zu § 945 wurde aber für entbehrlich erachtet [4]). Doch ist ihre

---

[1]) Siehe die Fassung in § 945: „M i t dem Erwerbe des Eigentums durch Ersitzung erlöschen . . . die Rechte Dritter. Die Ersitzungszeit muß a u c h in Ansehung der Rechte Dritter verstrichen sein".

[2]) Auch dann, also für eine allgemeine usucapio libertatis, ist zehnjähriger Eigenbesitz des Ersitzenden vorauszusetzen. Denn ein bloßer Nichtgebrauch des belastenden Rechts durch den Berechtigten kann nicht genügen, sondern es muß objektiv, entsprechend, wie bei der Eigentumsersitzung und dem ähnlichen Falle des § 1028, der der Ausübung des Rechts widersprechende Zustand bestanden haben.

[3]) Vgl. auch Staudinger Erl. 2 a. a. O. und Cit.: Buhl S. 73 zu Anm. 1. — A. M. Goldmann-Lilienthal § 19 Anm. 63 unter Berufung auf den Wortlaut des Gesetzes.

[4]) Protokolle III S. 238 (vgl. auch ebendort S. 244); Motive III S. 356. — Wenn übrigens an letzterer Stelle gesagt ist: „Auch die Möglichkeit, daß lediglich ein Nießbrauchs- oder Pfandrecht erlischt — eine usucapio libertatis — ist hier nicht ausgeschlossen", so kann nur an den Fall gedacht sein, daß der Besitzer bereits auf andere Weise und nicht erst durch Ersitzung der Eigentümer der Sache geworden ist. Eine von der Eigentumsfrage vollkommen unabhängige Fahrnisersitzung soll damit nicht als möglich hingestellt werden. Dies geht auch aus der Fassung des § 945 hervor

Verwendbarkeit in Hinsicht auf eine Reihe von Vorschriften, in denen das Erlöschen von Rechten Dritter an der Sache in Verbindung mit dem Eigentumserwerb besonders geregelt ist, insbesondere in Anbetracht des § 936 nur eine geringe [1]).

2. Bereicherungsfrage.

Gegenüber der im wesentlichen durch die Sicherheit und Vereinfachung des Verkehrs bedingten Vermögensverschiebung durch die Ersitzung des Eigentums, gegenüber dieser immerhin formalen Rechtswirkung ist es naheliegend, im Interesse der materiellen Gerechtigkeit zugunsten des Benachteiligten, des früheren Eigentümers auf einem anderen Wege, durch Zuerkennung eines Bereicherungsanspruches den vermögensrechtlichen Ausgleich zu suchen. Der allgemeine Grundsatz des § 812 kann jedoch hierher nicht in Frage kommen, da seine Voraussetzungen nicht zutreffen. Der Ersitzende erlangt zwar das Eigentum auf Kosten des früheren Eigentümers, diese Bereicherung entbehrt aber nicht ihres rechtlichen Grundes. Denn, wenn auch die im Entwurf I § 748 Abs. 2 aufgestellte Regel, daß es im Zweifel als rechtlicher Grund anzusehen sei, wenn ein Rechtsverlust auf einer diesen bestimmten Vorschrift beruhe, in das Bürgerliche Gesetzbuch nicht aufgenommen ist, so wird trotzdem im Zweifel dieser Satz auch ohne dies zu gelten haben, zumal das Gesetz da, wo es das

---

[1]) Siehe ferner die §§ 945, 950, 955, 957 u. 973. — Es bleiben demnach nur die seltenen Fälle, in welchen der Erwerb beispielsweise durch Aneignung oder durch Erbfolge geschah.

Gegenteil will, ausdrücklich einen Bereicherungsanspruch zuspricht (siehe §§ 951 u. 977) [1]).

Die Vorschrift des § 816 hat zwar den Fall vor Augen, daß jemand etwas nicht ohne rechtlichen Grund erlangt, weil er es auf Grund einer gesetzlichen Vorschrift erlangt, und will besonders dann einen materiellen Ausgleich schaffen, wenn die Vermögensverschiebung zum Schutze des guten Glaubens geschieht, sie setzt aber voraus, daß eine sofort wirksame Verfügung vorliegt, was gerade bei der Ersitzung im Gegensatz zu den im § 816 besonders bedachten Fällen der §§ 932 ff. notwendig nicht zutrifft.

Das Recht des früheren Eigentümers wird also durch die Tatsache der Ersitzung ohne jeden Anspruch auf Entschädigung vernichtet [2]). Denn es würde, wie die Motive dies unter Verweisung auf die eben erwähnte Vorschrift des I. Entwurfs begründen [3]), nicht gerechtfertigt sein, den mit der Ersitzung verbundenen Vorteil mittelbar und materiell wieder zu entziehen.

---

[1]) Die zweite Kommission, die den genannten § 748 Abs. 2 des I. Entwurfs strich, stellte die Richtigkeit des Satzes, daß neben der Verjährung und dem Ablauf einer Präklusivfrist auch die Ersitzung einen Bereicherungsanspruch ausschließe, nicht in Zweifel. (Siehe Mot. II S. 852; Prot. II S. 686.)

[2]) Nach Hölder (Erl. 3 zu § 195) und Staudinger (Erl. 4 a. E. zu § 195) soll ein Ersatzanspruch des Eigentümers auch dann ausgeschlossen sein, wenn der gutgläubige Besitzer die Sache vor Vollendung der Ersitzung aus seinem Besitz verlor, und zwar zu dem Zeitpunkt, in welchem seine Restitutionsforderung im Falle des fortbestehenden Besitzes erloschen, in welchem also die Ersitzung eingetreten wäre, da sie trotz Stillschweigens des Gesetzes für den Herausgabeanspruch gegen den redlichen Besitzer einer beweglichen Sache nicht eine dreißigjährige, sondern eine zehnjährige Verjährungsfrist annehmen.

[3]) Motive III S. 353.

Inhaltsübersicht.

Seite

I. Allgemeines . . . . . 7—15

1. Verjährung im weiteren Sinne 7
2. Unterarten der Verjährung im weiteren Sinne 9
3. Ersitzung und Verjährung des Herausgabeanspruches des Eigentümers 12

II. Wirkungsgebiet . . . . . 15—39

1. Anwendungsfälle 15
2. Gegenstand 25
3. Zeitliche Herrschaft 37

III. Erfordernisse . . . . . 39—113

1. Eigenbesitz 39
2. Guter Glaube 67
3. Zeit . . . . . 87—113
   a) Anrechnung 88
   b) Hemmung 95
   c) Unterbrechung 102

IV. Anhang . . . . . 114—118

1. Ersitzung der Lastenfreiheit 114
2. Bereicherungsfrage 117

§§ ohne Zusatz bedeuten die Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches.

SPEZIALDRUCKEREI FÜR
:: DISSERTATIONEN ::
HEINRICH LUDWIG, BONN
AM HOF 6 :: FERNRUF 1492
GEGENÜBER DER UNIVERSITÄT